Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Achtzehnter Band. Drittes Heft.

XIII.
Ueber possessio civilis.

Von A. F. J. Thibaut.

Im Römiſchen Rechte iſt oft poſitiv die Rede von civiliter possidere, oder possessio civilis, und dann im Gegenſatz eines ſolchen Beſitzes von civiliter non possidere, oder non possidere ſchlechthin, welches letzte auch durch naturaliter tenere, naturalis possessio, oder tenere tantum bezeichnet wird.

Definitionen fehlen hier leider den Geſetzen, und ſo iſt natürlich von jeher unter den Auslegern in Betreff jener Eintheilung viel Unbeſtimmtheit und Schwanken geweſen. Dieß beginnt ſchon mit der Gloſſe, und hat bis auf Savigny fortgedauert, welcher zuerſt mit voller Schärfe die richtigen Begriffe zu beſtimmen ſuchte, und die possessio civilis blos auf den Verjährungsbeſitz beſchränkte, wie es auch ſchon früher Manche gethan hatten. Sehr Viele folgten Savigny's Lehre, welche noch kürzlich wieder von Thon [1]) lebhaft vertheidigt ward, während Manche wieder auf die Ideen einiger älteren Juriſten kamen, daß possessio civilis jeden gut titulirten Beſitz bezeichne, auch wenn er nicht

1) Im Rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz 4. Jhrg. 1. Hft. S. 95—141.

gerade zur Verjährung führe [2]); welche letzte Idee auf allen Fall unhaltbar ist, wie sich aus der folgenden Ausführung von selbst ergeben wird. In meiner Abhandlung de naturali et civili possessione [3]) nahm ich jenen, von Savigny aufgestellten Begriff der possessio civilis an, stritt aber gegen Ihn über den Sinn des negativen civiliter non possidere, welches Er blos auf das Ableugnen des Verjährungsbesitzes beziehen wollte, wogegen ich von meiner Seite ausführte: es könne diesen engen Sinn haben, aber es bezeichne auch oft das Ableugnen der ganzen juristischen possessio, also des Interdictbesitzes [4]). Savigny gab mir in der zweiten Ausgabe seiner Besitzlehre recht, und ist auch in den späteren Ausgaben dabei geblieben.

Ungefähr in der Zeit, als die dritte Ausgabe seines Werks erschien, übersandte mir mein jetziger College Erb (damals noch Student) einen kleinen Aufsatz, worin er eine Idee zu entwickeln suchte, welche flüchtig hingeworfen schon bei einigen älteren Juristen vorkommt, nämlich daß das negative civiliter non possidere immer auf das Ableugnen der juristischen possessio, oder des Interdict-Besitzes gehe, und daß umgekehrt das positive civiliter posssidere nichts Anderes, als das Anerkennen dieses juristischen Besitzes ausspreche. Nach reiflicher Erwägung überzeugte ich mich ganz von der Richtigkeit dieser Behauptung. Ich vertheidigte sie daher auch nachher stets auf dem Catheder, aber ich enthielt mich einer gedruckten Abhandlung, weil ich Erb gern das Seinige ganz lassen wollte, und weil seine bald nachher erschienenen kleinen juristischen Abhandlungen und Recensionen so meisterhaft waren, daß man aus seiner Feder überall das Beste erwarten konnte.

2) Schweppe Röm. Priv. R. 4. Ausg. 2. B. S. 8—10. Wiederhold das interdictum uti possidetis. Hanau 1831. S. 6—10.

3) Als Anhang zu A. J. Cuperi obs. sel. de natura possessionis, herausgegeben von mir. Jenae 1804. 8.

4) Z. B. L. 7. §. 12. ad exhib. (10. 4.) L. 24. de poss. (41. 2.) L. 38. §. 7. de V. O. (45. 1.)

Zum großen Schaden der Rechtswiſſenſchaft ging aber Erb ſehr bald in die freieren und ſchöneren Regionen der geſammten Philoſophie über, und ließ dann die Rechtswiſſenſchaft auf ſich beruhen. So kann ich denn nun über dieſen Punkt ſelbſt die Feder ergreifen, beſonders da ich durch fortgeſetztes Nachdenken in Betreff der wichtigſten Beweiſe auf ſehr Vieles gekommen bin, was mir Eigen iſt, und inſofern nur von mir gegeben werden kann. Ich will indeß jetzt nur das Weſentliche entwickeln. Gefällt es, ſo mögen es Andere ausſchmücken; wird es dagegen widerlegt, ſo will ich es widerrufen, aber nur, wenn ich durch weſentliche Gegengründe getroffen werde. Im umgekehrten Fall ſchweige ich, wie ich es unter ſolchen Umſtänden ſchon mehrmals that, weil es dann beſſer iſt, wenn man unparteiiſchen Dritten das Urtheil überläßt, und weil ich überhaupt nicht gern, am wenigſten lange Zeit, in Streit und Unfrieden leben, oder ſo zu ſagen, an derſelben Sache zerren mag [5]).

Bevor ich auf die Hauptſache eingehe, will ich folgende allgemeine Bemerkungen voranſchicken, weil ſie mir mehrfach zur Begründung dienen, und weil ich auch Denen gern ganz verſtändlich ſeyn möchte, welche in dieſer Lehre noch nicht recht orientirt ſind.

Im allgemeinſten Sinn bezieht ſich das Wort possessio gewiß auf jede Detention einer Sache mit der Abſicht, die Sache detiniren zu wollen, es ſey als Eigenthum, oder vermöge eines juris in re aliena. Im engeren, und dabei gewöhnlichen Sinn bezeichnet aber possessio ſchlechthin den Beſitz, vermöge deſſen der Inhaber einer Sache auf eigenen Namen zum Schutz

5) Deßwegen, und blos deßwegen habe ich nicht geantwortet auf die Erinnerungen, welche Schröter in Linde Zeitſchr. 7. B. 1. Hft. nr. IV. meiner Vertheidigung der Regel: dies interpellat pro homine aufs Neue entgegenſetzte. Daß ich in der Hauptſache recht habe, glaube ich nach wie vor, und ich wünſche, daß mir Andre beipflichten, nicht meines Egoismus wegen, ſondern weil ich jene Regel nicht blos für poſitiv richtig, ſondern auch für weiſe halte.

seines Besitzes alle possessorischen Interdicte hat 6). Dieser Sprachgebrauch läßt sich leicht erklären. Denn das Wichtigste bei einem Rechte ist die selbstständige Kraft, vermöge deren der Berechtigte nach seiner Willkühr den vollsten gerichtlichen Schutz in Anspruch nehmen kann, und wenn Jemand als Besitzer dazu berechtigt ist, mithin den Interdicts-Besitz hat, so wird er dadurch auch unter Umständen zu den wichtigsten Nebenrechten des Besitzes befähigt, nämlich zum Erwerbe des Eigenthums durch Tradition und Usucapion; und so ist denn jene juristische possessio auch conditio sine qua non bedeutender Nebenrechte.

Im Ganzen ist es nun gewiß, daß die Römer eine solche possessio in der Regel nur den Inhabern einer Sache einräumten, welche animo domini, also nicht Denen, welche vermöge eines juris in re aliena detiniren, oder einen jetzt sogenannten abgeleiteten Besitz haben, wie Miether, Pachter, Depositare und Commodatare; daß die letzten mithin gleichsam nur als instrumentum des Eigenthumsbesitzers gelten, und daß dieser Alles, was gegen ihre physische Inhabung von Andern geschieht, so behandeln kann, als ob es ihm selbst widerfahren wäre. Ein raisonnirender Grund jenes Hauptsatzes ist in den Gesetzen nicht angegeben, und es hat auch bisher, so viel ich weiß, kein neuerer Jurist danach geforscht. Ich glaube indeß, daß sich ein guter Grund angeben läßt, wenn man auch hier voraussetzen will, was man in der Regel voraussetzen kann, nämlich daß die Römer ihr Recht nicht durch Metaphysik und historisch-philologisches Zusammenscharren, sondern durch stete Berücksichtigung des Zweckmäßigen ausbildeten. Man nehme nur diesen einfachen Fall: A. hat ein großes Haus mit mehreren Stockwerken, und vermiethet dessen Zimmer an dreißig, vierzig verschiedene Personen, wovon bei uns auf den Academien die klarsten Beispiele vorkom-

6) Savigny hat im ersten Theile seines Werkes alle Belege dafür beigebracht.

men. Erfolgen nun in der Nacht Turbationen, dringen Spectaculanten in das Haus, schreien darin herum, klopfen an die Thüren, reißen die Thüren auf u. s. w. — wer soll hier denn das interdictum uti possidetis haben? Vielleicht der Wirth nicht, wenn seine Thür nicht aufgerissen ist, aber jeder Miethsmann, welcher in seinem Zimmer beunruhigt ward? Da habt Ihr denn dreißig, vierzig, deren Jeder proprio marte zu Gericht laufen kann, also dreißig, vierzig zersplitterte Klagen wegen derselben Sache, folglich die Möglichkeit, dreißig, vierzig verschiedener Exceptionen, und daneben auch noch die Möglichkeit, daß ein Theil der Beschwerdeführer den Proceß gewinnt, und ein andrer Theil durch Ungeschick verliert. Ganz natürlich wird also der gesunde Verstand den Miethern sagen, und der Zweckmäßigkeit wegen sagen müssen: wendet Euch an Euren Vermiether, als Euren natürlichen Schutzherrn, damit er Euch sämmtlich unter seine Flügel nehme, und so mit Einem Male durch eine einzige Klage die Sache für Alle abgethan werde. Jene gerechte Abneigung der Römer gegen Zersplitterung und Vervielfältigung der Klagen finden wir auch in dem Satz, daß die Inhaber eines blos persönlichen juris in re aliena zur operis novi nunciatio nicht berechtigt sind [7]); und vielleicht läßt sich daraus auch die bekannte, noch im Justinianeischen Rechte beibehaltene [8]) Regel: servitus in servitute non datur am leichtesten erklären. Freilich hat man sie bisher oft daraus ableiten wollen, daß eine Servitut ein jus in re *corporali* sey. Allein ich muß dieß mit Büchel [9]) für eine ver-

7) L. 3. §. 3. de op. nov. nunc. (39. 1.)

8) Daß sie später vermöge L. 9. L. 33. §. 1. de 5. P. R. (8. 3.) verlassen sey, kann ich Schrader civilist. Abh. 2. Abth. S. 318 bis 321 nicht zugeben. Denn bei der ersten Stelle braucht man nicht vorauszusetzen, daß der Errichter der Servitut ein Servituten-Inhaber war, und aus der andern folgt noch kein dingliches Recht Dessen, dem etwas abgegeben war.

9) Civilrechtl. Erört. III. Marb. 1834. S. 12—11.

kehrte, und nach meiner Anſicht für eine offenbar verkehrte petitio principii erklären, da wir ja servitutes in re incorporali haben, wie ſchon der ususfructus nominis zeigt, und da es reiner Unſinn geweſen wäre, wenn die Römer aus einem Worte Rechtsſätze abgeleitet hätten, welche gelten, auch wo das Wort nicht gebraucht wird [10]). Daneben kann ich aber Büchel nicht zugeben, daß man die Regel: servitus in servitute non datur ſo zu erklären habe: kein Servituten-Inhaber kann ſeine Servitut überhaupt veräußern, alſo auch nicht theilweiſe durch Geſtattung einer Servitut auf ſeine Servitut. Denn der Herr der dienenden Sache kann gewiß dem Inhaber der Servitut deren Veräußerung erlauben, und dennoch wird von den Geſetzen die servitus in servitute verworfen, auch wenn der Herr der dienenden Sache und der Servituten-Inhaber dazu vereinigt einwilligen ſollten [11]).

Wie es übrigens faſt immer der Fall iſt, daß Rechtsregeln aus beſonderen Gründen durch Ausnahmen und Nebenbeſtimmungen beſchränkt werden müſſen, ſo geſchah es bei den Römern auch in Anſehung des Satzes, daß juriſtiſch nur Der als possessor gilt, welcher animo domini detinirt. Die Abweichungen hievon ſind nun dieſe:

1) Die possessio wird auf den Inhaber eines juris in re aliena übertragen, wenn ihm dieſelbe von dem Eigenthumsbeſitzer überlaſſen wird. Savigny hat dieß zwar ſtets geleugnet, weil es kein Geſetz geſtatte. Allein ich habe ihm

10) Dieß ſage ich mit Büchel a. a. O. S. 4–6 auch gegen Diejenigen, welche noch bis auf die neueſte Zeit die Regel servitus in faciendo consistere nequit aus dem Begriff einer Servitut ableiteten, während doch gewiß die poſitive Beläſtigung eines jeden nachfolgenden Beſitzers einer Sache nicht geſtattet iſt, ſie mag nun mit dieſem oder jenem Worte verabredet ſeyn.

11) L. 15. §. 7. L. 17. pr. de usufructu (7. 1.) Wie man dieſe klaren Geſetze, das Grundprincip vergeſſend, auf alle Art wegzuchicaniren ſuchte, zeigen die, in meinem Pand.Syſt. 8. Aufl. §. 767. not. p. citirten Schriften.

fortwährend widersprochen, wie es auch Andre thaten [12]), und ich glaube mit vollem Recht. Denn einzelne Rechtssätze bedürfen keiner besondern Sanction, wenn sie aus einer höheren Regel folgen. Nun aber ist es ausgemacht, daß im Zweifel jedes Recht abgetreten werden kann. Daß in Betreff der possessio eine Ausnahme zu machen sey, steht aber nirgend, vielmehr haben wir einzelne Entscheidungen, in denen die Abtretung der possessio zugelassen ist, nämlich bei dem precario und der Sequestration [13]), ohne daß dabei von den classischen Juristen irgend auf eine, bei diesen beiden Instituten anzunehmende Singularität hingedeutet wird, welche hier auch um so weniger vermuthet werden darf, da jene beiden Institute so gänzlich verschieden sind, und doch in Ansehung der Besitzübertragung ganz nach gleichen Grundsätzen behandelt werden.

2) Durch Errichtung eines Faustpfandes verliert der Verpfänder zum Vortheil des Gläubigers die ganze possessio ad interdicta, doch verbleibt ihm der Besitz ad usucapionem [14]). In Beziehung auf die Erklärung dieses Satzes hat man viel gekünstelt. Einige suchten denselben aus der alten fiducia abzuleiten [15]). Allein wie verkehrt wäre es gewesen, wenn die Classiker von einem Institut, welches das Eigenthum überträgt, auf ein anderes Institut, welches das Eigenthum nicht überträgt, geschlossen hätten! Ein anderer

12) Mein Pand.Syst. §. 208. not. h.

13) Mein Pand.Syst. §. 208. not. f. g. Die noch immer streitige Frage, ob bei dem precario im Zweifel immer die possessio auf den Empfänger übergehe? kann ich hier auf sich beruhen lassen. Denn auf allen Fall wird sie nicht übertragen, wenn sie der Verleiher des precarii sich vorbehält; also liegt der Grund der Uebertragung der possessio doch immer in der voluntas expressa oder tacita des Verleihers.

14) L. 37. de pignor. act. (13. 7.) L. 1. §. 15. L. 36. de possess. (41. 2.) L. 16. de usurp. (41. 3.)

15) Unterholzner v. d. Verjähr. 1. Aufl. S. 166–169.

Verſuch, jenen geſpaltenen Beſitz daraus abzuleiten, daß der Pfandgläubiger den Verpfänder repräſentire [16]), iſt offenbar ganz verkehrt [17]). Ich ſelbſt habe ſtets in meinen Vorleſungen, und auch in vertraulichen, nicht unbenutzt gebliebenen Aeußerungen die Sache auf dieſe Art begreiflich zu machen geſucht: das Fauſtpfand gründet ſich auf dem Mißtrauen gegen die Zahlungsfähigkeit und Redlichkeit des Schuldners. Denn trauet man dem Schuldner in beider Hinſicht, ſo leihet man ihm gern chirographariſch; und bezweifelt man blos ſeine reelle Sicherheit, aber nicht ſeinen guten Willen, ſo begnügt man ſich ſchon gern mit einer bloßen Hypothek. Hat man aber den Argwohn, daß der, möglicher Weiſe unſichere Schuldner ſogar böſen Willen haben, alſo den, zur Sicherheit nöthigen Gegenſtand verderben, oder verſchleppen könne, ſo wird ganz natürlich ein Fauſtpfand bedungen, damit der Gläubiger in die volle Sicherheit, d. h. unter ſeinen eigenen Schutz komme. Wollte man hier nun dennoch, wegen des Urbegriffs der possessio im engeren Sinn, den Fauſtpfand-Inhaber auf den Fall einer turbatio oder dejectio unter die ausſchließliche Protection des Verpfänders ſtellen, ſo würde dieß ungefähr eben ſo ſeyn, als wenn man den Wolf zum Schafhirten machte. Der fortdauernde Verjährungsbeſitz des Verpfänders ſchadet aber dem Pfandgläubiger nicht, ſondern nutzt ihm vielmehr auf den möglichen Fall. Jener geſpaltene Beſitz enthält alſo die feinſte Ausbildung deſſen, was die Natur des Fauſtpfandes, wenn man ſie conſequent behandelt, mit ſich bringt. Eine kleine Nebenfrage, worauf man neuerlich gekommen iſt [18]), nämlich ob man wohl den Fauſtpfandgläubiger wegen ſeiner ausſchließlichen possessio ad interdicta einen *corporis* possessor nennen könne, wie man den Eigenthumsbeſitzer nennen darf? kann und mag

16) Zimmern im Archiv f. civiliſt. Prax. 7. B. 3. Hft. S. 315.
17) Roßhirt im angef. Archiv 8. B. 1. Hft. S. 23—26.
18) v. Buchholz Verſuche. Berlin 1831. nr. 8.

ich hier nicht beantworten, weil unſere magern Rechtsquellen als ſolche keinen genügenden Stoff zu einem erſchöpfenden Vocabulario enthalten, und weil ich gern das: in verbis simus faciles ausſpreche, wenn in Betreff des Materiellen Alles klar iſt.

3) Eine eingeſchränkte possessio ad interdicta, oder ſogenannte quasi, oder juris possessio haben die Inhaber der Servituten, inſofern ſie zwar nicht die possessio des Eigenthumsbeſitzers aufheben (daher ihnen inſofern auch nur eine possessio nomine alieno, oder possessio naturalis zugeſchrieben wird), aber doch in Anſehung ihres Rechtes, wenn ſie darin geſtört, oder daraus entſetzt werden, die interdicta retinendae und recuperandae possessionis haben [19]), der Angriff gegen ſie möge nun von dritten Perſonen, oder vom Eigenthumsbeſitzer ausgegangen ſeyn [20]). Dieſe Einrichtung begreift ſich nun leicht. Denn die Servituten gehen als dingliche Rechte gegen jeden nachfolgenden Beſitzer der dienenden Sache, daher ſich oft der Herr der dienenden Sache und die Servituten-Inhaber gar nicht kennen, und nicht in der geringſten perſönlichen Verbindung mit einander ſtehen. Sollte hier der Inhaber der Servitut, und beſonders der ewig dauernden Real-Servituten [21]), ſtets im possesso-

19) Fragm. Vatic. §. 92. *Theophilus* L. 2. T. 9. §. 4. L. 3. T. 21. §. 2. L. 32. §. 1. de S. P. U. (8. 2.) L. 4. § 27. de usurp. (41. 3.) L. 1 §. 8. quod legator. (43. 3.) L. 3. §. 3. L. 6. §. 2. de precar. (43. 26.) L. 10. C. de poss (7. 32.)

20) Dem neueſten Verſuch von Wiederhold (S. mein Pand.Syſt. §. 221. not. k.) den Quaſi-Beſitz künſtlich zu beſchränken, und zwar beſonders wegen L. 3 pr. §. 2. 4. 5. uti poss. (43. 17.), glaube ich einfach entgegenſetzen zu können, daß hier von etwas ganz Anderem die Rede iſt, als woran Er denkt, nämlich blos davon, daß gegen den, welcher im vollen Beſitz einer Sache iſt, das, zur Schützung eines geſtörten Beſitzes dem Beſitzer geſtattete interdictum uti possidetis nicht Statt finden kann. *Chesii* interpret. L. 2. c. 7. (in *Otto* Thes. P. 2.

21) Bekanntlich macht Savigny für die wichtigſten aller Real-Servituten wieder eine Ausnahme, welche die ſchlimmſte unter allen

rio von dem Schutz des Eigenthumsbesitzers abhängig seyn, so wäre das Institut der Servituten das schwächlichste auf der Welt, und jene Abhängigkeit in possessorio würde grell abstechen gegen den andern Satz, daß jeder Servituten-Berechtigte sich selbstständig mit seiner actio confessoria gegen die ganze Welt petitorisch geltend machen kann. Allein anders mußte hier doch die Sache genommen werden, wie bei dem Faustpfande. Denn der Erwerb einer Servitut bezweckt nicht volle Sicherheit gegen den Verleiher, als einen verdächtigen Menschen; und wenn die Servitut nur theilweise in das Eigenthum eingreift, warum sollte dann der Servituten-Inhaber sich turbationes und dejectiones zu Gemüthe führen dürfen, welche ihn in der Sphäre seines Rechtes gar nicht verletzen, also z. B. Holzfrevel in einem Walde, neben dem er seine Fußsteigsgerechtigkeit hat, und ungestört ausübt? Umgekehrt kann sich aber auch der Servituten-Verleiher als sein Schutzherr dasjenige mit anziehen, was Andre Böses gegen die Ausübung der Servitut vornehmen. Daß bei der Emphyteusis und der Superficies, weil sie im Grunde nichts weiter sind, als umfassende Servituten, im Wesentlichen nur eine solche quasi possessio angenommen werden könne, glaube ich nach wie vor mit Vielen. Die abweichenden Ideen Anderer [22]) mag ich hier nicht genauer prüfen, weil die Hauptidee, auf deren Rechtfertigung es mir hier ankommt, von dieser Streitfrage ganz unabhängig ist.

---

wäre. Ich habe mich darüber gegen ihn bereits früher offen erklärt wie es auch Andere thaten. S. mein Pand.Syst. §. 769. not. u.

22) Das Neueste darüber s. in Fritz Erläut. 2. Hft. S. 406—111, und Büchel a. a. O. S. 43. 44. 65. 66. „Dem Letzten würde ich gern beipflichten, wenn ich es mit ihm über mich erhalten könnte, von Personen, welche nur ein jus in re aliena haben, sagen zu können, daß sie doch am Ende fremdes Eigenthum als domini gleichsam stellvertretend exerciren. Ich kann dieß nicht für consequenter halten, als das, neuerlich von Tigerström versuchte, blos procuratorische dominium civile des Ehemannes an den Dotalsachen der Frau.

Die zuletzt erwähnten Fälle nun, da Personen, ungeachtet sie keinen animus domini haben, dennoch eine possessio oder quasi possessio ad interdicta zugestanden wird, will ich mit Savigny einen abgeleiteten Besitz nennen, weil ich mit ihm [23]) die Idee für richtig halte, daß dieser abgeleitete Besitz eine Abweichung von dem ursprünglichen, im Ganzen noch beibehaltenen Grundprincip ist, wonach nur Derjenige als possessor im engern Sinn gilt, welcher animo domini detinirt. Die Liebe zum Absoluten und Einfachen hat hier zwar neuerlich viel Widerspruch veranlaßt, indem Einige einen animus domini herauszukünsteln suchten, wo er nicht ist, damit Alles blos auf das possidere animo domini hinauslaufe; Andre dagegen den animus tenendi breiter machten, um die abgeleitete possessio mit in den Grundbrgriff bringen zu können, wodurch sie denn auf Definitionen des animus tenendi geriethen, mit denen man am Ende jeden animus bezeichnen kann, wie z. B. den der Pachter und Miether, obgleich diese doch im Ganzen keinen Interdicts-Besitz haben [24]). Es scheint mir dieß leider wieder ein Beispiel für das häufige Gleichstellen einer Regel und einer Definition, welches ganz verkehrt ist. Eine Definition kann durchaus keine Ausnahme haben, weil sie nur die Prädicate eines Dinges angibt, welches also für die Definition gar nicht existirt, wenn ihm die darin ausgesprochenen Prädicate fehlen. Allein eine Regel kann neben sich aus besonderen Gründen Ausnahmen haben, und wenn man diese in die Regel hineinpreßt, oder umgekehrt die Regel, der Ausnahmen wegen, so auspreßt, daß sie nun, tüchtig abgeschwächt, mit den Ausnahmen fraterniſiren kann, so ist dieß nicht blos eine logische Verkehrtheit, sondern auch eine historische Sünde. Denn das positive Recht macht sich

---

23) Viele sind Ihm auch beigetreten, namentlich jetzt wieder Büchel civilrechtl. Erört. II. S. 44–51. und vielfach auch Sintenis in Linde Zeitschr. 7. B. 2 Hft. nr. VII. 3. Hft. nr. 12.

24) S. die Schriften in meinem Pand.Syst. §. 208. not. i.

im Leben nicht ſo, daß man gleich Anfangs abſtracte Grundbegriffe herausmartert, und dieſe dann ſpäter in ihre kleinſten Theile zerlegt; ſondern man beginnt mit rohen Grundregeln, welche das Gewöhnliche erfordert, und erſt hinterher werden beſonderer Umſtände wegen Ausnahmen und Modificationen zugelaſſen, welche denn eben dadurch, und nur dadurch hiſtoriſch geiſtvoll dargeſtellt werden, daß man ſie als Ausnahmen mit ihren beſondern Gründen aufführt. Am beſten zeigt dieß die Beſitzlehre ſelbſt. Denn von dem, was der Grundbegriff des Beſitzes erfordert, iſt in Beziehung auf die Fortſetzung und den Verluſt des Beſitzes ſehr viel nachgelaſſen, was doch zum Anfange deſſelben gehört, weil eine ewige, gleichmäßige Fortſetzung unendlich ſchwerer iſt, als der einzelne Act des Anfanges.

Dieß vorausgeſetzt kann ich nun auf die possessio civilis näher eingehen. Weil es dabei directe und indirecte Gründe und Gegengründe gibt, welche recht ſcharf hervorgehoben zu werden verdienen, ſo will ich Alles nach Zahlen geordnet auf folgende Art entwickeln.

I. Was durch ein Adjectiv und Subſtantiv bezeichnet wird, das kann man auch eben ſo durch das entſprechende Adverbium und Verbum bezeichnen, wie es z. B. einerlei iſt, ob ich ſage: A hat eine gute Handlung begangen, oder: A hat gut gehandelt. Wenn alſo, nach der Idee von Savigny, civilis possessio den Verjährungsbeſitz bezeichnet, ſo thut dieß auch eben ſo der poſitive Ausdruck civiliter possidere; grade wie es auch einerlei iſt, ob ich ſage: obligatio civilis, oder: civiliter obligatur. Nimmt man dazu, daß die, einem Geſetzten beigefügte einfache Negative das Geſetzte in keiner Hinſicht umwandelt, ſondern nur rein aufhebt: ſo kann, wenn auf das civilis possessio, oder civiliter possidere ein non folgt, daraus nichts, als ein Leugnen des Verjährungsbeſitzes, keineswegs aber der eigentlichen possessio, oder des Interdicts-Beſitzes, gefolgert werden, und es wäre ein verkehrter Sprung, wenn es hieße: du haſt keinen Verjäh-

rungsbeſitz — alſo iſt dir der Beſitz abzuleugnen. Nun aber leſe man L. 24. de poss. (41. 2.), wo Javolenus ſagt:

> quod ex justa caussa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est; et peculium, quod servus *civiliter possidere* non potest, sed *naturaliter* tenet, dominus creditur *possidere*.

Hier iſt nun offenbar das juriſche gänzliche Nichtbeſitzen (das naturaliter tantum tenere) der Gegenſatz des civiliter possidere, und das Letzte wird gleich nachher mit possidere als identiſch genommen. Zu der Anſicht, welche ich hier vertheidige, paßt dieß vortrefflich. Denn danach iſt es einerlei, ob ich ſage: nach dem bürgerlichen Rechte beſitzeſt du, oder: du beſitzeſt; und wenn ich dann ſage: nicht A., ſondern B. beſitzt, oder beſitzt bürgerlich, ſo iſt damit Jenem die possessio ad interdicta abgeleugnet, und Dieſem zugeſprochen, und possessio bezeichnet, im Affirmativen, wie im Negativen, immer daſſelbe!

II. Nach Savigny's Theorie hat das negative civiliter non possides einen doppelten, zu den bedeutendſten Verſchiedenheiten führenden Sinn, indem es bald nur ein Ableugnen des Verjährungsbeſitzes andeutet, und den Interdicts-Beſitz in salvo läßt, bald aber grade den letzten, und damit nebenbei auch den erſten leugnet. Das Zulaſſen einer ſolchen Doppelſinnigkeit wäre nun das Gefährlichſte auf der Welt geweſen, und hätte auf allen Fall erfordert, daß darüber das cave recht klar in den Geſetzen ausgeſprochen wäre. Davon iſt aber nirgend eine Spur. Wie einfach und natürlich macht ſich aber Alles, wenn man ſich an meine Idee hält! Denn danach bezeichnet possidere ſchlechthin im Zweifel immer daſſelbe, alſo ohne Negation den zugeſtandenen Interdicts-Beſitz, und mit einer Negation dieſen geläugneten Beſitz.

III. Savigny geht zum Beſten ſeiner possessio civilis von dieſer Idee aus: die usucapio ſey die einzige Folge des Beſitzes nach eigentlichen Civil-Geſetzen, d. h. des poſitiven Römiſchen Rechts im engeren Sinne, alſo des poſitiven

Rechts, welches dem natürlichen und prätoriſchen Rechte entgegengeſetzt wurde. Dahin gehörten aber gewiß die Interdicte nicht, weil ſie an ſich natürlich, und blos durch die Edicte der Magiſtrate entſtanden ſeyen. Gegen dieſe Rechtfertigung muß ich mich nun durchaus erklären, und zwar aus dieſen Gründen.

1) Die Uſucapions-Fähigkeit iſt nur die ſeltenſte Folge des Beſitzes, weil man gewöhnlich durch eine formell untadelhafte Erwerbart das wirkliche Eigenthum erlangt, von dem man doch nicht ſagen kann, daß es die Uſucapions-Fähigkeit in ſich ſchließe, ſo wenig als man von dem Erwerb einer eigenen Sache nach dem vollendeten Erwerbe reden kann. Wenn nun Jemand durch Tradition das quiritariſche Eigenthum erworben hat, ſo kann und muß dieß vor allen Dingen eine bürgerliche Folge des Beſitzes genannt werden, und ſo wäre es ganz und gar unbegreiflich, warum die possessio des wahren Eigenthümers mit zur possessio naturalis wandern müßte, und unter die, da und dort vorkommende bedenkliche Frage fiele, ob wohl der possessor naturalis Dieß oder Jenes könne, oder dazu aufgefordert werden dürfe? Man wende dagegen auch nicht ein, daß der wahre Eigenthümer am Ende doch auch einen Verjährungsbeſitz gegen dritte Vindicanten habe; z. B. A. kauft eine Sache vom wahren Eigenthümer B., und beſitzt ſie die ganze Verjährungszeit hindurch. Nun tritt der Nichteigenthümer C. gegen A. als Vindicant auf, und dem C. gelingt durch Kunſt der Beweis ſeines Eigenthums, während dem A. die contravindicatio mißlingt, derſelbe aber doch ſeine, auf allen Fall vorgeſchützte Einrede der Verjährung beweiſt. Hier leidet es nun keinen Zweifel, daß C. dennoch abgewieſen, und A. als Verjährender geſchützt werden muß. Allein ich ſage: A. wird zwar als Verjährender geſchützt, aber nur, weil es jetzt, nach dem vollendeten Beweiſe des C., formell als wahr angenommen werden muß, daß A. nicht als wahrer Eigenthümer beſaß. Und ſo kann und mag er denn verjähren.

2) Auch wenn ich Savigny zugeben wollte, was ich ihm mit Vielen nicht zugeben kann [25]), daß der Interdictsproceß nicht summarisch war, so bleibt es doch immer gewiß, daß die Interdicte eigenthümlich gebildete Klagen sind, also etwas Bürgerliches, weil die Römer aus dem bloßen jure gentium keine Klagen zuließen, wie auch ihr ganzes Contracten-System zeigt, und das bürgerlich fortgebildete Natürliche (wie z. B. die Servituten) gewiß niemals als ein mere naturale behandelten. Mögen nun auch die Interdicte durch das prätorische Edict zuerst eingeführt seyn [26]), so ist doch kein Grund einzusehen, warum man von ihnen, nach Savigny's Lehre, das civile nicht prädiciren soll, da die Römer, wenn sie auch, im Gegensatz des juris *honorarii*, das jus civile im engern Sinn nehmen, dennoch überall da, wo das civile dem *naturali* entgegengesetzt wird, unter dem ersten Alles verstehen, was durch das Römische positive Recht, es sey civile im engern Sinne, oder honorarium, sanctionirt ist, der Stoff mag nun durch Willkühr geschaffen, oder aus dem jure gentium entlehnt seyn. Nun aber haben wir hier grade den Gegensatz zwischen possessio *naturalis* et civilis, mithin kann die erste nicht auf Detentionen gehen, welche,

25) Die Haupt-Literatur darüber s. in meinem Pand.Syst. §. 225. not. k. §. 895. not. c. Auch die neue Darstellung in Bethmann-Holweg Civilproceß 1. B. S. 380—398 hat mich in meiner Hauptidee nicht wankend gemacht. Weil hier darauf nichts ankommt, so will ich mich jetzt mit dem: alio loco videbimus begnügen.

26) Wie Savigny historisch die Entstehung der Interdicte zu construiren suchte, ist bekannt. Zu seinen Gegnern, zu denen nun auch Rauh Vers. einer Geschichte der Lehre vom Besitz, Landau 1834, gehört, werde ich in dieser Beziehung auch wohl ferner gehören, indem ich fest glaube, daß hier alle sichern historischen Belege fehlen, daß im prätorischen Edict gewiß Vieles enthalten, und nur genauer entwickelt war, was schon im Wesentlichen das alte Recht kannte (z. B. die infamia juris), und daß es fast undenkbar ist, wie die Römer nicht schon in den Zeiten der Rohheit auf einen reinen possessorischen Schutz hätten kommen sollen.

auch wenn ſie nicht zur Uſucapion führen, dennoch mit andern Wirkungen des bürgerlichen Rechts verknüpft ſind. Und wo will Savigny nach ſeiner Lehre mit der possessio bleiben, welche zur prätoriſchen praescriptio führt? Soll ſie auch mit bei der possessio naturalis untergebracht werden? Dann enthielte dieſe, auf die wunderlichſte Art, die heterogenſten Elemente: den beſitzenden dominus quiritarius, den Beſitzer ad praescriptionem, Alle, welche ſonſt animo domini ohne Verjährungstitel, und endlich Alle, welche vermöge eines juris in re aliena beſitzen. Dagegen iſt mit der Idee, welche ich jetzt vertheidige, die Sache ganz leicht und einfach abgethan. Denn die Interdicte ſind die wichtigſte bürgerliche Folge des Beſitzes, und wenn ſie einem Beſitzer abgeſprochen werden, ſo kann er auch nicht verjähren. Mit dem Einen iſt alſo auf den möglichen Fall das Andre gegeben, aber das große Eine kann auch ohne das Andre beſtehen, und kann daher mit Fug und Recht unter das: a potiori fit denominatio geſtellt werden. Auch kommt hier noch der Umſtand zu Hülfe, daß in den Geſetzen da, wo ſie ganz klar possessores naturales nennen, immer nur Perſonen angeführt werden, welche im Allgemeinen nicht ad interdicta beſitzen; worüber nachher gelegentlich das Nöthige beigebracht werden ſoll. — Nebenbei kann ich denn auch zufolge des Obigen recht gut ſagen, daß man dem *Petron.* sat. 13. nicht mit Savigny (S. 46) alle Autorität abzuſprechen braucht, ſondern daß man ihn vielmehr auch als Juriſt beloben muß, wenn er bei Gelegenheit der Interdicte von *civili jure* dimicare redet. Zwar hat Thon a. a. O. S. 133 ſehr ernſtlich darauf beſtanden, daß ſtets das jus honorarium dem civili entgegengeſetzt werde, alſo nicht unter dem Letzten begriffen werden dürfe, wofür es denn auch ganz entſcheidend ſey, daß im §. 1. J. d. oblig. (3. 14.) geſagt werde: omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur, namque aut *civiles* sunt, aut *praetoriae*. Allein in Betreff des Letzten liegt der Grund offenbar darin, weil die

Römer nach pr. J. ibid. L. 10. 178 §. 3. de V. S. (50. 16.) eine eigentliche, d. h. eine vollgültige obligatio nur dann annehmen, wenn ſie eine poſitive Sanction für ſich hat, und daß alſo in dieſem Sinn von einer natürlichen obligatio gar nicht die Rede ſeyn kann. Für meine Behauptung, daß civile, wenn ihm bloß das *naturale* entgegengeſetzt wird, alles Poſitivrechtliche bezeichnet, brauche ich mich bloß auf *Brissonius* de V. S. s. v. civile zu berufen.

IV. In L. 2 §. 1. pro herede (41. 5.) ſagt Julianus: Quod vulgo respondetur, caussam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum *civilis*, sed et *naturalis* intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi caussa pro herede usucapere posse.

Von dem erſten Augenblick an, da ich mich für den Begriff der possessio civilis erklärte, welchen ich in dieſer Abhandlung vertheidige, habe ich ſtets in meinen Vorleſungen beſonderes Gewicht auf jenes Fragment gelegt; und dieß ward ziemlich ruchtbar. Savigny hat ſich nun in den ſpätern Ausgaben ſeines Werkes blos negativ vertheidigt, indem er ſagt, die Regel nemo caussam etc. ſey nur auf die possessio et usucapio lucrativa gegangen, über die uns erſt *Gajus* II. 52—58 belehrt habe, welche aber ſpäter ganz aufgehoben ſey, womit denn auch jene Regel ihre Anwendbarkeit verliere. Thon iſt dieſer Anſicht ganz beigetreten [27]), indem er für das Statt gehabte Antiquiren auch noch ſogar den Juriſten Paulus als Zeugen anführt, weil derſelbe in L. 3. §. 18. de poss. (41. 2.) ſage: a *veteribus* praeceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse; welches letzte Argument der Sache offenbar zu viel thut, da zwiſchen dem Alten und Veralteten ein großer Unterſchied iſt,

27) a. a. O. S. 99 – 115.

und da die Römer sehr gern bei ihren alten Regeln blieben, wie der ganze Titel de regulis juris *antiqui* zeigt. — Im Uebrigen aber muß ich dieß erinnern:

1) In L. 2. §. 1. cit. wird von Julianus nicht gesagt: man habe für die später eingeführte usucapio lucrativa die Regel: nemo causam etc. erfunden, sondern man habe dafür gehalten, daß jene alte Regel auch auf dieß neuere Institut anzuwenden sey. Also hat diese alte Regel eine allgemeine Beziehung, und diese ergibt sich auch aus Justinians Gesetzbuch, worin jene alte Regel, mit und ohne Beziehung auf die usucapio pro herede, als etwas höchst Bedeutendes erwähnt wird, stets in diesem Sinn: wer bisher in einer possessio oder detentio war, der kann durch seine, bloß innerliche Willenshandlung den bisherigen Besitz nicht in einen andern verwandeln, also auch nicht unter Lebenden, wo denn doch von einer usucapio pro herede nicht die Rede seyn kann, z. B. wenn der Pachter seine possessio nomine alieno gegen den Verpachter in eine possessio nomine proprio durch bloße Aenderung des animus possidendi verwandeln wollte [28]). So hat denn jene alte Regel auch noch jetzt die höchste Bedeutung, obgleich die schelmische Verjährungsart, von der Ga-

28) L. 3. §. 18. 19. 20. L. 18. pr. L. 19. §. 1. de poss. (41. 2.) L. 33. §. 1. de usurp. (41. 3.) L. 2. §. 21. pro emtore (41. 4.) L. 6. §. 3. L. 22. pr. de precar. (43. 26.) L. 23. C. de locato (4. 65.) L. 5. C. de poss. (7. 32.) Uebrigens begreift es sich recht wohl, daß man Zweifel darüber haben konnte, ob man die Regel über das non mutare causam possessionis auf die lucrativa und improba possessio und usucapio, von der Gajus redet, anwenden solle. Denn jene alte Regel hatte doch ursprünglich wohl nur den Sinn: Deinen mangelhaften Besitz kannst du nicht durch einen bloßen Entschluß in einen besseren verwandeln. Bei jener zugelassenen Improbität konnte aber die Frage davon seyn, ob man den anfänglichen guten Besitz, welcher zu zweijähriger Ersitzung führt, durch arglistigen Entschluß in einen, an sich schlechteren Besitz verwandeln könne, welcher jene wunderliche usucapio lucrativa von 1 Jahre mit sich führe? Weil die alte Rtgel absolut lautete, so konnte die strenge Auslegung dieselbe auch hier im juristischen Anstande zur Anwendung bringen.

jus redet, ſpäter verſchwand. Ich kann aber auch dieß fallen laſſen. Denn die alte Regel hatte doch einen Sinn: es hatte alſo auch einen Sinn, wenn man davon redete, ſie gehe ſo gut auf die possessio naturalis, als die civilis; und da wir hier nur von der Bedeutung der Worte civilis et naturalis possessio reden, ſo iſt auch für meine jetzige Frage die etwa Statt gehabte Antiquirung jener alten Regel ganz und gar unbedeutend.

2) Julians Aeußerung in L. 2. §. 1. cit. enthält in ſich den vollſtändigſten Beweis, daß er unter possessio civilis den Interdicts-Beſitz verſtehen mußte. Denn er ſetzt ja dem civili das *naturale* gegenüber, und in dieſem Gegenſatze wird, wie geſagt, das prätoriſche Recht ſtets mit zum Römiſchen jure civili gezählt. Auch nennt der Juriſt als Naturalbeſitzer bloß ſolche Perſonen, welche keine possessio proprio nomine haben, nämlich Pachter, Depoſitare und Commodatare. Dabei iſt noch ein Nebenumſtand zu beachten, welcher für meine Anſicht wieder ganz entſcheidend iſt. Julianus ſagt nämlich, die Regel gelte nicht bloß für den Civil-, ſondern auch für den Natural-Beſitzer, womit denn angedeutet wird, ſie gelte für den erſten auf allen Fall, aber man müſſe ſie doch auf den letzten mit herüberziehen. Wie hing dieß nun zuſammen? Ich glaube ſo. Die alte Regel lautete dahin: nemo causam *possessionis* ipse sibi mutare potest. Dieß konnte und mußte nun unbedenklich, mit Berückſichtigung des gewöhnlichen Sprachgebrauchs, auf alle eigentlichen possessores im engeren Sinn angewandt werden, und es würde gar keinen Zuſammenhang gehabt haben, wenn man ſie bloß auf den Verjährungs-Beſitzer, und nicht auf die Andern, welchen eine volle possessio zugeſtanden iſt, angewandt hätte. Allein in Betreff derjenigen Detentoren, denen keine juriſtiſche possessio zugeſtanden wird, konnte man grammatiſch zweifeln, weil man, in Rückſicht deſſen, welcher keine *possessio* hat, auch nicht von einem mutare *possessionem* reden kann. Indeß war doch alle Vernunft dafür, das Wort possessio hier im ganz allge-

meinen Sinn zu nehmen, und ſo die Regel mit auf die detentores nomine alieno herüber zu ziehen; in welchem Allen denn der offenbarſte Beweis liegt, daß Julianus unter possessio civilis den bloßen Verjährungsbeſitz nicht verſtanden haben kann. Daß die Claſſiker hier jene, mit dem Verjährungsbeſitz gar nicht zuſammenhängenden grammatiſchen Zweifel hatten, ſieht man deutlich aus L. 3. §. 20. de poss. (41. 2.), wo der ſubtile, immer ſtreng-grammatiſche Paulus ſagt:

> Sed si is, qni apud me deposuit, vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, non videor caussam possessionis mihi mutare, qui *ne possidebam* quidem.

Von beſonderer Wichtigkeit iſt hier aber L. 33. §. 1. de usurp. (41. 3.), wo Julianus Dasjenige, was er in den oben angeführten L. 2. §. 1. pro herede geſagt hatte, noch genauer ſo entwickelt:

> Quod vulgo respondetur, ipsum sibi caussam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere, et lucri faciendi caussa inciperet possidere. Idque per haec probari posse: si quis emerit fundum sciens ab eo, cujus non erat, possidebit pro possessore; sed si eundum a domino emerit, incipiet pro emtore possidere, nec videbitur sibi ipsi caussam possessionis mutasse. Idemque juris erit, etiam si a non domino emerit, quum existimaret eum dominum esse. Idem hic, si a domino heres institutus fuerit, vel bonorum ejus possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius si justam caussam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit, nec caussam possessionis sibi mutare videbitur. Quum haec igitur recipiantur in ejus persona, qui *possessionem habet*, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino *ullam possessionem* habet?

Was kann nun klarer für meine Anſicht entſcheiden, als dieſes Fragment? Denn zuerſt wird die Regel auf Diejenigen angewandt, auf welche ſie wörtlich paßt, und dann durch das argumentum ab absurdo auch auf Diejenigen, welche man durch Silbenſtecherei davon ausnehmen könnte. Als zu den Letzten gehörig werden nun die Perſonen genannt, welche, wie der Pachter, nur nomine alieno detiniren; als ſolche aber, welche auf allen Fall als possessores unter der Regel ſtehen, werden angeführt alle Beſitzer animo domini, ſie mögen eines justi tituli wegen wahre domini werden, oder verjähren können, oder ihrer mala fides wegen von der Verjährung ausgeſchloſſen ſeyn. Und hier ſagt nun Julianus einfach: qui possessionem habet, während er dafür in L. 2. §. 1. cit. ſich des Ausdrucks civilis possessio bedient. Damit iſt denn unwiderleglich bewieſen, daß civilis possessio und possessio ſchlechthin durchaus Daſſelbe, nämlich den Interdicts-Beſitz bezeichnen. Oder will man am Ende noch einwenden, daß Julianus in L. 2. §. 1. cit. andre Gegenſätze mache, als in L. 33. §. 1. cit.? Dieß wäre denn doch handgreiflich eine reine Tändelei geweſen, und noch dazu eine unſinnige, weil in Betreff des Satzes, daß Niemand die caussa ſeiner possessio ändern könne, keinem vernünftigen Ausleger auch nur der entfernteſte Grund zu der zweifelnden Frage gegeben war, ob die alte Regel bloß auf den Verjährungsbeſitzer, oder auf alle Detentoren, und ſo gleichfalls auf die *possessores* anzuwenden ſey, welche immer vorzugsweiſe *possessores* heißen, auch wenn ſie ſich des Nebenvortheils der Verjährung nicht erfreuen?

V) In L. 3. §. 15. ad exhibendum (14. 4.) ſagt Ulpianus:

> Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni, wobei er den Zuſatz macht: denique creditorem. qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

Gleich daran ſchließt ſich L. 4. eod., aus einer Schrift von Pomponius entlehnt, mit dieſen Worten:

nam et cum eo, apud quem deposita, vel cui commodata vel legata res sit, agi potest.

Savigny benutzt dieß nun in der Art für ſich, daß er ſagt: denique heißt auch ſo viel als: ſo zum Beiſpiel, und Ulpians Satz über den creditor pignoratitius, an das, unmittelbar vorher vom naturalis possessor Geſagte angereihet, und mit der gleich folgenden Aeußerung des Pomponius verbunden, kann alſo nicht anders, als dahin verſtanden werden, daß der Fauſtpfandgläubiger nur possessor naturalis iſt. Nun aber beſitzt derſelbe gewiß nicht ad usucapionem, — alſo muß Ulpianus durch possessio civilis den Verjährungsbeſitz haben bezeichnen wollen. Ganz damit einverſtanden iſt Thon [29]), indem er ſogar unbedingt darauf beſteht: „denique bezeichne in der Sprache der Römiſchen Juriſten einen Folgeſatz, einen Uebergang von der Regel zur Anwendung, nicht aber ein Fortſchreiten zu einer neuen Regel."

Das Letzte muß ich nun ſchlechterdings leugnen. Denn bekanntlich bezeichnet denique auch eben ſo viel, als das Hinzuſetzen des Letzten, wovon vorher noch nicht geredet war, oder auch ſo viel als *plane, certe,* oder unſer übrigens, oder auf allen Fall. Ich will darüber nicht bekannte Wörterbücher und eine neuere, dieſen Punct auch berührende Abhandlung [30]) ausſchreiben, ſondern mich bloß an zwei Geſetze halten, worin Savigny ſein: ſo zum Beiſpiel will gefunden haben, während ich darin Etwas finde, wodurch man auf einen neuen Satz übergeht. Dieſe beyden Geſetze ſind L. 13. de adopt. (1 7.) und L. 87. de R. I. In dem erſten heißt es:

In omni fere jure, finita patria potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium. *Denique* et patria dignitas, quaesita per adoptionem, finita ea deponitur.

29) a. a. O. S. 115—118.

30) J. P. Johannsen de usu atque vi particulae denique. Heidelb. 1828.

In dem Zweiten aber:

> Nemo enim in persequendo deteriorem caussam, sed meliorem facit. *Denique* post litem contestatam heredi quoque prospicitur (nach der Florentina wohl gewiß ſchlechter: prospiceretur), et heres tenetur ex omnibus caussis.

Dieß iſt nun als weitere Entwickelung angereihet an die gleich vorhergehende L. 86. eod.:

> Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior.

Betrachten wir die erſte Stelle, ſo ſcheint es mir ſonnenklar zu ſeyn, daß darin zwei Sätze ſtehen, welche völlig dem ausgemachten Grundſatz entſprechen, daß die Ehrerbietung, welche der Vater von ſeinen Kindern fordern kann, keine Folge der väterlichen Gewalt, ſondern der Vaterſchaft iſt, daher denn auch die dignitas patria gegen die emancipirten leiblichen Kinder fortdauert, aber nicht gegen emancipirte bloße Adoptiv-Kinder. Eben dieß wird nun in L. 13. cit. geſagt. Im erſten Satz wird ausgeſprochen, daß mit der aufgehobenen potestas auch die Folgen dieſer potestas wegfallen, und daran reihet ſich der zweite Satz über die patria dignitas, wo denn das denique durchaus nicht auf ein Beiſpiel für den erſten Satz, ſondern nur auf eine, noch hinzuzufügende ampliatio deuten kann. Daſſelbe gilt von L. 87. cit. Der erſte Satz derſelben, in Verbindung mit 86. cit., gibt an, daß die litis contestatio dem ſtreitenden Theile nutze, aber nicht ſchade, und nun folgt der zweite, eine Erweiterung enthaltende Satz, daß ſie auch (wegen der translatio actionum, welche erſt mit Eröffnung der Erbſchaft beginnen kann) dem Erben nutze.

Nach dieſen Vorbemerkungen will ich nun auf die L. 3. § 15. cit. übergehen, und zwar auf die darin enthaltene Hauptregel, daß die actio ad exhibendum nicht bloß gegen den Civil-, ſondern auch gegen den Natural-Beſitzer Statt finde. In dieſer Hinſicht kann ich das Geſetz nun grade für mich anführen, ſchon aus dem einfachen Grunde, weil darin das civile dem

naturali entgegengeſetzt wird, bei welcher Entgegenſetzung, wie ich ſchon vorher mehrmals bemerkte, das civile alle poſitiven Anſtalten, und auch die prätoriſchen Inſtitute, mit begreift. Man betrachte aber auch die Sache mit Berückſichtigung der Vernunft, auf deren Boden die Römiſchen Juriſten doch am liebſten und am mehrſten ſtanden! Wendet man ſich nun nach dieſer Seite, ſo läßt ſich gar nicht begreifen, wie irgend Jemand auf die Frage kommen konnte, ob die actio ad exhibendum bloß gegen den possessor ad *usucapionem* gehe? Denn die usucapio betrifft bloß das petitorium, während es die actio ad exhibendum im Ganzen bloß mit dem Phyſiſchen (Vorzeigen, Ablöſen, Verabfolgenlaſſen) zu thun hat, wo denn der Verjährungsbeſitzer als ſolcher nicht mehr zu dem paſſiven Verhältniß qualificirt iſt, als der beſitzende wahre dominus, oder der non dominus, welcher animo domini detinirt, aber doch, wegen Fehler der Sache, oder wegen Mangelhaftigkeit ſeines Beſitzgrundes, nicht uſucapiren kann. Allein darüber konnten recht wohl Zweifel entſtehen, ob die actio ad exhibendum bloß gegen den eigentlichen juriſtiſchen possessor gehe, oder auch gegen die Dententoren, denen dieſe possessio abgeſprochen, und nur ein detinere nomine alieno zugeſtanden wird? Denn in Anſehung dieſer konnte man ſagen, wie es Viele bei den petitoriſchen dinglichen Klagen thaten [31]): der Inhaber auf fremdem Namen kann dem Kläger die, jetzt ſogenannte laudatio auctoris zur Abwehr entgegenſetzen, damit ſich der Kläger an den, eigentlich rechten Mann halte, welcher allein mit ſeinen Anſprüchen dem Klaggrunde hauptſächlich entgegenſteht. Allein in Betreff der actio ad exhibendum wäre es doch geiſtlos geweſen, wenn man ein ſolches Ausweichen hätte geſtatten wollen. Denn es kommt bei dieſer Klage bloß auf das Phyſiſche an, und da wäre es ganz unpaſſend, wenn man Demjenigen, welcher bloß vorzuzeigen hat, was ſich in ſeiner Taſche befindet, den Einwand erlauben wollte, daß er

31) L. 9. de R. V. (6. 1.)

es nur nomine alieno in der Taſche habe, und es deßwegen nicht aus derſelben herausbringen könne.

Hätten wir alſo in L. 3. §. 15. cit. nichts, als den erſten Hauptſatz, daß die actio ad exhibendum auch gegen den Natural-Beſitzer gerichtet werden könne, ſo würde es einem guten Civiliſten nicht auf hundert Meilen in den Sinn kommen können, daß man hier beſonders beiſpielsweiſe an den Fauſtpfandbeſitzer zu denken habe, alſo an ihn, welcher ſonſt nirgend naturalis possessor, ſondern ſtets in der Hauptſache (quoad interdicta) ſchlechthin possessor genannt wird. Und dann bleibt hier auch noch die große Nebenbedenklichkeit: wenn possessio civilis bloß den Verjährungsbeſitz bezeichnet, warum werden denn in L. 3. §. 15 cit. nicht als Hauptbeiſpiele für die possessores naturales diejenigen erwähnt, welche man nach der Idee unſres Savigny auch nur in das Nebenhaus unterzubringen hat, nämlich die wahren Eigenthümer, welche beſitzen, alſo nicht mehr zu verjähren brauchen, und alle fures und praedones, und ſonſtigen possessores animo domini, denen doch die Geſetze recht energiſch eine possessio zuſchreiben, weil es in der Lehre vom Beſitz hauptſächlich auf das Factum, und nicht auf das jus ankomme?

Es bleibt alſo zunächſt die Frage übrig, ob Ulpianus durch die Worte denique creditorem, qui pignus accepit, ad exhibendum teneri placet ein Beiſpiel für die naturalis possessio geben wollte? Die Bejahung dieſer Frage ſcheint mir widernatürlich. Denn der Fauſtpfandgläubiger gilt ja ausgemacht als voller juriſtiſcher possessor, und von den Natural-Beſitzern wird überall geſagt: non possident. Wollte alſo Ulpianus hier den creditor qui possidet denjenigen beigeſellen, welche non possident, alſo etwas höchſt Bedenkliches thun, ſo wäre es nöthig geweſen, dieß durch eine Art von Rechtfertigung auszuſprechen. Allein er hat nichts, als ein hingeworfenes placet. Nach meiner Ueberzeugung läßt ſich hier die Sache weit beſſer durchführen, wenn man daran denkt, daß der, welcher in einem Hauptſtreite der Einen Partei bei-

tritt, immer geneigt seyn wird, Nebendinge, worin beide Parteien übereinstimmen, besonders hervorzuheben, und aus dem Streit herauszuziehen. Ulpianus trat nämlich Denjenigen bei, welche die actio ad exhibendum auch gegen den Natural-Besitzer gestatteten. Nun setzt er hinzu: übrigens findet sie gegen den Pfandgläubiger ausgemacht Statt; welches Vorhandenseyn eines allgemein Anerkannten die classischen Juristen gern durch placet oder placuit ausdrücken. Ein guter Commentar hiezu läßt sich nun leicht machen. Der Besitz des Pfandgläubigers ist nämlich insofern bedenklich, als der Pfandgläubiger, wie Miether und Pachter, nur vermöge eines juris in re aliena besitzt, also nomine alieno, und so auch wohl zu einer laudatio auctoris geneigt seyn könnte. Allein ihm ist dieß auf allen Fall nicht zu gestatten, weil er ausgemacht als ausschließlicher juristischer possessor gilt. Gegen ihn müssen also auch diejenigen, welche die actio ad exhibendum gegen den Natural-Besitzer verwerfen, dennoch auf allen Fall jene Klage unbedenklich zulassen, wie sie es auch thun. Also ist dieser Punct für beide Theile im Reinen.

Der oben erwähnte Zusatz von Pomponius in L. 4. ad exhib.: nam et cum eo, apud quem deposita u. s. w. steht meiner Ansicht in keiner Hinsicht entgegen. Denn zuerst könnte ich sagen, daß nam nicht immer auf das Angeben eines Grundes geht, sondern auch als plane oder certe gebraucht werden kann [32]). Allein ich will es hier gern in dem gewöhnlichsten Sinn, also in dem Sinn unsres denn gelten lassen. Was folgt dann doch für Savigny daraus? Ich meines Theils muß sagen: eine Schiefheit! Denn wenn Ulpianus vorher so gesagt haben soll: die „actio ad exhibendum findet Statt gegen den Civil- und auch gegen den Natural-Besitzer, also z. B. gegen den Pfandgläubiger", und nun Pomponius als Erläuterung des Letzten hinzufügt: „Denn sie geht gegen den Depositar und Commodatar", so ist nicht wohl zu

32) V. J. Strauck lexicon particularum juris. Ed. 3. Jen. 1719. p. 128.

begreifen, warum Ulpianus als Beiſpiel einen juriſtiſchen possessor, und keinen detentor nomine alieno, nennt, alſo ein Majus, von dem man noch nicht auf ein minus ſchließen kann; während wenn er umgekehrt den Pachter und Miether als Beiſpiel genannt hätte, in Anſehung des Fauſtpfandgläubigers jeder denkbare Zweifel abgeſchnitten wäre.

Man erwäge dagegen Folgendes, dem Niemand die Natürlichkeit abſprechen kann. Es iſt gewöhnlich der Fall, daß ein Redender an ſeinen Hauptſatz gleich eine Nebenbemerkung knüpft, dann aber zum Zweck der Erläuterung gleich auf den Hauptſatz zurückkehrt, wo es denn ganz ungereimt wäre, wenn man das Letzte auf die Digreſſion beziehen wollte. Fängt z. B. ein Prediger ſo an: wir ſollen unſern Nächſten lieben, wir ſollen ihn herzlich lieben, und vor Allem den Guten; denn die heilige Schrift ſagt, liebet Eure Feinde u. ſ. w., wie wird dann Jemand auf die Idee kommen können, das Letzte, der unmittelbaren Wortverbindung wegen, nur auf die Guten zu beziehen? Ein vollendeter Redner wird zwar dergleichen möglichſt zu vermeiden ſuchen, um den Schwachen keine Gelegenheit zu Mißverſtändniſſen zu geben, alſo erſt die Hauptſache ganz vollenden, und die Beſonderheiten hinterher beſonders ausheben. Allein wo gibt es auf dieſer Welt eine redneriſche volle Meiſterſchaft? In Betreff der Pandekten kann und darf man gar nicht darauf rechnen. Denn ſie ſind ja nichts, als zuſammengeſchobene Bruchſtücke aus verſchiedenen Elementen, und nur darauf iſt darin mit einigem Fleiß das Beſtreben gerichtet, daß ſpätere Fragmente, ohne Rückſicht auf Contiguität, dasjenige, was früher nur unbeſtimmt geſagt war, gehörig erläutern, oder in Beiſpielen klarer machen; bei welchen Umſtänden man denn oft per saltum das vierte Fragment als complementum des erſten, aber nicht der, in der Mitte liegenden Fragmente, benutzen muß. Ich will hier nur ein einziges Beiſpiel anführen, welches mir jetzt zu meinem Zweck genügt. In L. 6. de pignor (20. 1.) iſt aus Ulpianus Lib. LXXIII. ad edictum der Satz entlehnt, daß

manche Sachen im Zweifel nicht unter das conventionelle General-Pfand fallen, und die Schlußworte des Fragments rechnen dahin auch zum Besten des Verpfänders die Sachen, quae ad affectionem ejus pertinent. Gleich daran reihet sich in L. 7. eod. aus einer Schrift des Paulus der Zusatz: vel quae in usum cottidianum habentur; und dann kommt unmittelbar in L. 8. eod. aus derselben Schrift Ulpians: denique concubinam, filios naturales, alumnos, constitit generali obligatione non contineri. Wollte man hier nun sagen, unmittelbar an einander geschriebene Sätze müßten durchaus auf einander bezogen werden, so käme hier die, höchstens nur zur Ergötzung ausgelassener Leute passende Bemerkung heraus: in usum cottidianum habentur concubinae, filii naturales et alumni. Der ernsthafte Ausleger wird aber sagen müssen: in L. 8. cit.: ist das Unbestimmte: quae ad affectionem ejus pertinent der L. 6. cit. wieder aufgegriffen, und durch klare Beispiele gut erläutert. Grade so kann und muß ich nun, aller obigen Gründe wegen, die L. 4. ad exhib. nehmen. Ulpianus hatte nämlich in L. 3. §. 15. eod. nur unbestimmt gesagt, die Klage gehe auch gegen den possessor naturalis, aber er hatte die, unter diese Rubrik gehörenden Personen nicht besonders genannt, und nur eine Nebenbemerkung in Betreff des Pfandbesitzers hinzugefügt. Pomponius hatte jenen Hauptsatz schon früher auch gebilligt, aber als Beispiele den Besitz des Depositars, des Commodatars und Pachters hinzugefügt. Das war nun gut und nutzbar, und ward daher auch in einem Excerpt mitgenommen. Es ist mithin als Erläuterung an Ulpians Hauptsatz über den Natural-Besitzer anzureihen, nicht aber an den zufälligen Zwischensatz über den Pfandgläubiger, grade wie jenes: denique concubinam nicht an den usus cottidianus, sondern an die affectio anzuknüpfen ist.

VI.) In L. 7. §. 1. ad exhib. (10. 4.) sagt Ulpianus: Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum, — quamvis tunc civiliter non possideas.

Man hat auch dieß Fragment wohl recht ernſtlich für Savigny's Begriff der possessio civilis benutzt. Savigny dagegen ſagt nur: es ſey im Grunde nicht mit Gewißheit zu beſtimmen, welche der beiden Bedeutungen des civiliter non possidere hier zum Grunde liege, ob es nämlich bloß auf Ableugnung des bloßen Verjährungsbeſitzes, oder eines jeden Beſitzes gehe [33]). Ich muß aber bei meiner alten Behauptung bleiben, daß es nur auf Verneinung der ganzen juriſtiſchen possessio gehen kann. Denn da die accessoria die Natur der Hauptſache annehmen, mithin als res rei principali adjunctae an ſich gar nicht, und nur mit der Hauptſache wie dieſe beſeſſen werden [34]), ſo kann bei ihnen auch nicht beſonders von der Nebenfrage der Verjährung die Rede ſeyn, und am allerwenigſten bei der actio ad exhibendum, welche, wie vorhin unter Nro. V. ausgeführt iſt, damit auch nicht entfernt in Verbindung ſteht. Zwar erinnert Savigny, dieſem meinem Einwande ſey leicht zu begegnen, weil ja Ulpianus in der, oben unter Nr. V. erklärten L. 3. §. 15. ad exhibendum dieſelbe Bemerkung mache, welche ich für unmöglich halte. Allein ich glaube, vorhin gezeigt zu haben, daß er ſie nicht machen konnte, und nicht gemacht hat.

VII.) Von vorzüglicher Wichtigkeit iſt für unſre Frage L. 26. pr. de donatt. int. V. et U. (24. 1.). Bevor ich die Erklärung dieſes Fragments, welches den Beſitz eines beſchenkten Gatten betrifft, verſuche, muß ich Nachſtehendes bemerken.

In Anſehung des ungültig beſchenkten Gatten gibt es die beiden Fragen, ob er überhaupt eine juriſtiſche possessio hat, und wenn dieß zu bejahen iſt, ob er auch uſucapiren kann? Das Letzte iſt nun auf allen Fall zu leugnen. Denn ein nichtiger Titel iſt ſo gut, als kein Titel; und wenn man auch eine usucapio ex titulo putativo zulaſſen will, ſo iſt doch

33) 5te Aufl. 63.

34) L. 30. §. 1. de usurp. (41. 3.)

daran hier nicht zu denken. Denn der error juris gilt nicht als entſchuldbarer Irrthum; und wäre er auch entſchuldbar, ſo kann dieß doch in Beziehung auf die Verjährung nichts helfen, weil dabei de lucro captando die Rede iſt [35]). Nur darüber kann man ſtreiten, ob die Verjährung Statt findet, wenn der Schenkende eine res aliena weggab, welche er in conditione usucapiendi, oder ohne dieſe, beſaß [36])? Allein wenn man auch mit Manchen die letzte Frage bejahet, ſo hat dieß eigentlich mit der Frage nichts zu thun, ob bei einer geſetzwidrigen Schenkung der Beſchenkte verjähren könne? ſondern es gehört zu dem Satz, daß das geſetzliche Verbot nicht überall gilt, und namentlich auch nicht in dem Fall, wenn der Schenkende nicht ärmer wird, alſo (nach der Behauptung Mancher) wenn der Gatte eine Sache verſchenkt, deren Eigenthümer er nicht war. Man kann alſo unbedingt ſagen: wo die Schenkung nichtig iſt, da hat der Beſchenkte keinen Uſucapions-Beſitz.

Allein kann man ihm doch eine possessio ad interdicta zuſchreiben? Dieſe Frage muß man im Ganzen bejahen, wenn man das Weſen des Beſitzes gehörig vor Augen hat. Denn der Beſitz iſt nichts, als ein *factum* animi et corporis, und iſt inſofern von guten Rechtsgründen unabhängig. Inſofern braucht man alſo bei dem Beſitz als ſolchem nicht nach titulus und bona fides zu fragen, und deßwegen gelten auch Diebe und Räuber wegen ihres animus domini im possessorio als possessores. Einen ſolchen animus hat aber auch der beſchenkte Gatte, welcher ſich die, ihm überlieferte Sache aneignet. Nur das darf man nicht ſagen, daß er pro *donato* beſitzt. Denn wegen der Nichtigkeit der Schenkung kann von einem titulus donationis nicht die Rede ſeyn. Alſo muß man von ihm, wie von jedem untitulirten Beſitzer ſagen: possidet pro suo, oder pro possessore.

35) L 4. de jur. ignor. (22. 6.) L. 31 de usurp. (41. 3.)

36) Löhr im Archiv f. civ. Praxis, 16. Bd. 2. Heft, S. 248—250.

So iſt nun auch die Sache in folgenden, für meine Hauptfrage ſehr wichtigen Geſetzen entſchieden:

L. 1. §. 4. de poss. (41. 2.) Paulus:
Si vir uxori cedat possessione donationis caussa, plerique putant, possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, quum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

L. 16. ibid. Ulpianus:
Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur.

L. 46. de donatt int. V. et U. (24 1) Ulpianus:
Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.

L. 1. §. 2. pro donato (41. 6.) Paulus:
Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. — — Possidere autem uxorem rem a viro donatum Julianus putat.

Dieſe Fragmente, ſoweit ſie die possessio des beſchenkten Gatten zugeſtehen, können nun augenſcheinlich mit dem Verjährungsbeſitz nicht in Verbindung gebracht werden [37]), und ſagen klar, was ich vorhin angab, nämlich: der Beſchenkte beſitzt nicht pro donato, aber wohl pro possessore. Indeß ſieht man aus jenen Fragmenten, daß hier nicht alle Juriſten gleich dachten. Denn in dem erſten Fragmente iſt nur von einem *plerique* putant die Rede, und das Berufen des letzten auf Julianus deutet darauf hin, daß man hier auch eine gute Auctorität gebrauchen könne. Das Raiſonne-

37) Denn das, auch Dieben und Räubern zugeſtandene possidet geht ja überall nur auf den Interdicts-Beſitz. Wird auch etwas über die causa possessionis geſagt, ſo iſt dies doch nicht nothwendig mit der Verjährung in Verbindung zu bringen, wie man z. B. von dem, welcher vom wahren Eigenthümer gekauft hat, ſagen kann, er beſitze pro emtore. L. 33. §. 1. de usurp. (41. 3.)

ment des Paulus im letzten Theile des ersten Fragments läßt sich ebenfalls dafür anführen. Denn wo eine Sache an sich von allen Theilen als ausgemacht anerkannt ist, da pflegt man doch nicht gern indirecte argumenta ab absurdo anzubringen, um dem Faß den Boden auszuschlagen. Wer in die Grundsätze des Besitzes ganz eingeweihet ist, der wird hier freilich nicht an Zweifel über den Interdicts-Besitz des beschenkten Gatten denken. Allein es gibt wohl im ganzen jure keine Lehre, welche so viel Gelegenheit gibt, an das tendimus in vetitum zu erinnern, als die Lehre vom Besitz. Ewig und immer das Streben nach Gerechtigkeit, und der Widerwillen gegen Ungerechtigkeit! So spielen sich fast täglich die possessorischen Processe in das petitorium hinüber, und bei meinen Zuhörern, und vielen der besten Candidaten im Doctor-Examen, habe ich stets die Neigung gefunden, den ungerechten, rechtlosen Besitz als eine juristische Nichtigkeit zu behandeln; daher ich es auch leicht begreife, warum die besseren Römischen Juristen so vielfach einschärfen, die possessio sey nur ein factum, und es komme dabei nicht auf justus titulus und bona fides an. Bei illegalen Schenkungen der Gatten könnten die Verkehrten noch eine Nothstütze darin suchen, daß doch die Schenkung durchaus nichtig ist, also Eigenthum und Besitz bei dem Schenker bleibe, etwa wie bei der nicht erlaubten Veräußerung des Nießbrauchs der Nießbrauch, wegen Nichtigkeit der Cession, bei dem Cedenten bleibt. Dagegen raisonirt nun aber Paulus am Ende des ersten Fragments, in seiner scharfen, lakonischen Weise sehr gut auf diese Art: der Mann kann ja auf allen Fall den Besitz, als etwas Factisches, einseitig aufgeben, also braucht man hier gar nicht vom Uebertragen zu reden, und Alles hängt davon ab, ob nachher der Beschenkte animo sibi habendi factisch detinirt.

Diese, schon früher von mir gegebene Erklärung (womit sich, wie sich nachher zeigen wird, für meine jetzige Ansicht über possessio civilis, wenigstens negativ, viel ausrichten läßt)

hat nun Savigny [38]) durchaus getadelt, indem er sagt: „zu dieser gezwungenen Erklärung hat ihn [39]) eine zwiefache falsche Voraussetzung veranlaßt: 1) jure civili non possidere heiße nothwendig: gar nicht besitzen; 2) über den Besitz aus der Schenkung eines Ehegatten seyen die Römischen Juristen verschiedener Meinungen gewesen. Er schließt dieß aus dem Julianus putat und plerique putant, welche Ausdrücke ja aber so oft bei den unbestrittensten Sätzen gebraucht werden. Auch der Grund der L. 1. §. 4. de poss. braucht ja gar nicht gegen wirkliche Gegner gerichtet zu seyn." Thon sagt denn auch, „es sey nirgends ersichtlich, daß man bei der laxen Ehe über die possessio des beschenkten Gatten gestritten habe [40]).

Dagegen muß ich nun dieß erinnern. Bei Erklärung jener 4 Fragmente redete und rede ich nicht von dem negativen civiliter possidere, sondern von dem positiven possidere, also vom Interdicts-Besitz, wie es meine Gegner auch thun. Daß darüber ein Streit leicht möglich war, habe ich vorhin gezeigt, und ich muß dabei bleiben, daß dessen Vorhandenseyn durch jene Fragmente angedeutet ist. Denn plerique wird überall gebraucht, wo man eine Mehrzahl einer Minderzahl entgegensetzt [41]); und wenn die Römischen Ju-

38) S. 53. not. 2.

39) Mich in meinen civilist. Abhandl. S. 337 — 341.

40) a. a. O. S. 126.

41) Ich berufe mich nur auf die, von Facciolati gegebenen Beispiele, und allenfalls auch noch auf das berühmte pleraque interiere in Livius VI. 1. Bei Aufständen, wie bei öffentlichen Deliberationen eines, aus verschiedenen Elementen gebildeten Haufens, kann freilich leicht aus der Ueberzahl gleich eine Allheit entstehen, wie Tacitus hist. L. 1. c. 56. (oder 57.) sehr schön andeutet durch sein: quod in seditionibus accidit, unde plures erant, omnes fuere, so wie es auch nach Plutarch der alte Cato dem Römischen Volke ins Gesicht kräftig ausgesprochen hat, und noch bitterer. Allein wir Juristen werden nicht leicht durch die Mehrzahl geschreckt, wozu ich selbst durch diese Abhandlung ein Beispiel liefre.

riſten einen unbeſtrittenen, allgemein anerkannten Rechtsſatz anführen, ſo heißt es: placuit, constat u. dg., während das iſolirte Berufen auf einen großen Juriſten immer andeutet, daß man einer tüchtigen Autorität bedürfe; obgleich ich gern zugebe, daß einmal zufällig die Stimme eines einzelnen Juriſten mit der allgemeinen Meinung zuſammenfallen kann. Auf den zweiten Theil der L. 1. §. 4. cit. muß ich mich auch nochmals berufen. Freilich weiß ich nicht, an welche Perſonen Paulus dabei dachte. Allein Unparteiiſche werden doch nichts Gezwungenes darin finden, wenn ich ſage: wo ein Hauptſatz ſonnenklar iſt, da pflegt man ſich nicht nach indirekten Nebengründen umzuſehen, und dieſe ſind in der Regel ein Zeichen, daß Zweifler da ſind, denen man von allen Seiten beizukommen ſuchen muß.

Nach dieſen Vorbemerkungen kann ich nun auf das, hier noch zu erklärende Haupt-Fragment übergehen, nämlich L. 26. pr. de donat. int. V. et U. (24. 1.), wo Paulus einen einzelnen Fall auf dieſe Art entſcheidet:

> Si eum, qui mihi vendiderit, jusserim eam rem uxori meae donationis caussa dare, et is possessionem jussu meo tradiderit, liberatus erit; *quia licet illa jure civili possidere non intelligatur*, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat.

Savigny glaubt nun die Richtigkeit ſeines Begriffs der possessio civilis durch dieſes Fragment unwiderſprechlich erwieſen zu haben, indem er einfach ſo ſchließt: es war völlig ausgemacht und anerkannt, daß die beſchenkte Frau die possessio ad interdicta habe, und in den obigen Geſetzen iſt dieß auch von Paulus zweimal ausgeſprochen. Wenn alſo derſelbe Paulus in L. 26. pr. cit. dennoch von der Ehefrau ſagt: jure civili non possidet, ſo kann dieß nur auf den Verjährungsbeſitz gehen.

Es iſt mir aber ganz unmöglich, dieſen Schluß zu billigen. Man erwäge nur den Fall des Geſetzes, welcher einfach dieſer iſt: A. kauft von B. eine Sache. Bevor ihm der

Letzte die Sache tradirt hat (also noch possessor ist), schenkt A. diese Sache an seine Frau, und beauftragt den B. zur Ablieferung der Sache an die Frau. Dieß wird von B. bewirkt. Jetzt reuet A., will die Sache an sich ziehen, und deshalb die Klage auf Auslieferung gegen B. anstellen. Dagegen erklärt sich nun Paulus mit seinem: quia licet illa jure civili possidere non intelligatur u. s. w., welches nachher besonders erwogen werden soll. Für ganz unmöglich halte ich es nun, daß hier auch nur der leiseste Gedanke an einen Verjährungsbesitz in Frage kommen konnte. Denn war es, wie meine Gegner behaupten, ein felsenfester, unbedenklich anerkannter Satz, daß der beschenkte Gatte wirklich die volle eigentliche juristische possessio bekomme, so wäre es verkehrter als verkehrt, wenn A., nachdem B. die Uebertragung der possessio an die Frau vollständig bewirkt hatte, dennoch über den B. herfallen wollte, — weil die beschenkte Frau nicht verjähren könne. Auf einen solchen Antrag könnte B. die grobe Celsinische Antwort geben: aut te non intelligo, aut actio tua valde stulta est. Nimmt man dagegen an, daß es eine Partei gab, welche wegen der Nichtigkeit des Schenkungs-Titels auch die Uebetragung der possessio leugnete, und so durch einen, in der gemeinen Welt leicht begreiflichen Trugschluß weiter folgern konnte, daß wegen Nichtigkeit der Besitzübertragung im Grunde die possessio bei B. geblieben sey, so konnte man damit auch auf eine Restitutions-Pflicht des B. kommen. Dagegen erklärt sich nun Paulus mit einem gebührenden Seitenhiebe, indem er (ganz eben so, wie in L. 1. §. 4. cit.) den Vertheidigern des A. gegen B. sagt: mögt ihr auch annehmen, daß die beschenkte Frau (wegen der Nichtigkeit ihres Schenkungs-Titels) nach dem bürgerlichen Rechte überhaupt nicht besitzt, so macht dieß doch hier nichts aus. Denn B. hat sich nur einmal auftragsmäßig des Besitzes ganz entäußert, und daher ist von ihm auf keinen Fall Etwas weiter abzuholen. — Diese höchst natürliche Erklärung, wodurch

Alles bis auf die letzte Kleinigkeit ungezwungen in Eintracht kommt, hängt nun noch bloß davon ab, daß ich meine frühere Behauptung: in der L. 26. pr. cit. könne das licet bloß hypothetisch genommen werden, gegen einen neuern Widerspruch gehörig in Schutz nehme.

Noch nie habe ich einen Philologen gefunden, welcher mir nicht unbedenklich zugegeben hätte, daß licet, wie quamvis, mit dem Conjunctiv nur hypothetisch ist, also ein Ding in Wahrheit oder Falschheit dahin gestellt seyn läßt, weil bewandten Umständen nach das Eine oder Andere für den in Frage stehenden Punkt nicht entscheidend ist. Aus gelegentlichen Aeußerungen von Unterholzner [42]) und Savigny [43]) sehe ich auch, daß diese beiden, philologisch tüchtig gebildeten Juristen in dieser Hinsicht nicht zu meinen Gegnern gehören. Allein unerwartet hat sich jetzt Thon [44]) zu der Behauptung veranlaßt gesehen, man gebrauche das *licet* fast immer als bestimmte, wirkliche Voraussetzung, und es finde sich wenigstens dann stets so, wenn, wie hier, Rechtssätze in dieser Form angeführt würden, und von einem *intelligitur* die Rede sey, welches durchgängig nicht bloß die, vielleicht nicht geltende Meinung Anderer ausspreche, sondern einen wirklich angenommenen Rechtssatz. Er hat dafür aus den Rechtsquellen viele Belege beizubringen gesucht, welche, obgleich ich Ihm in der Hauptsache nicht beipflichten kann, mich insofern sehr erfreut haben, als ich es für die höchste Ehre eines praktischen Juristen halte, wenn man aus seinen Arbeiten sieht, daß er (wie der Cellische große Pufendorf) sich der ächten Quellen durch eignes Studium ganz zu bemächtigen sucht.

Also dafür achtungsvolle Anerkennung! Allein nachgeben kann ich dennoch nicht. Zuerst bemerke ich, daß wohl kein

---

42) Von der Verjährung, 1. Aufl. S. 149. not. 6.

43) Vom Besitz, S. 269. in not.

44) a. a. O. S. 124 — 134.

Lebender im Stande seyn möchte, durch genügende Belege darzuthun, man habe durch *licet* bisher mehr das Nicht-Hypothetische, als das Hypothetische bezeichnet. Dazu gehörten Collectanea, welche selbst ein Petrus a Patientia schwerlich hätte zusammenbringen können. Mag aber jenes mehr als factisch zuzugeben seyn, so läßt sich daraus für unsre Frage doch nichts ableiten. Denn im Leben ist der Fall unendlich häufiger, daß Jemand wahre Sätze für eine falsche Forderung benutzt, als daß er sogar falsche Sätze fingirt, um daraus eine verkehrte Forderung abzuleiten. Ist nun aber das *licet* an sich hypothetisch, so kann es auch nichts erheben, wenn dabei im Conjunctiv von Rechtssätzen oder einem intelligere die Rede ist. Denn wenn ich z. B. sage: „Falls auch Romulus dieß, so und so lautende Gesetz erlassen hat; oder: Falls man auch meint; oder: Falls auch alle Welt meint", so ist doch damit nichts zugestanden, wenn ich die Idee habe, daß darauf hier nichts ankommt, und daß von einer andern Seite Alles erledigt werden kann und muß. Also wollen wir uns einmal auf das Ding an sich, nämlich das *licet*, genauer einlassen.

Bekanntlich hat man bisher viel Neigung gehabt, das *licet* als Partikel zu behandeln, und so ist es auch übergegangen in ein wenig benutztes, aber gutes Werk, welches in der Heineccischen Ausgabe des Brissonius de V. S. zwar viel citirt, aber in seinen Einzelnheiten viel zu wenig benutzt ist, nämlich J. Strauch lexicon particularum juris; worin jedoch die richtige Hauptansicht Anderer gebilligt ist. Mein Lieblings-Grammatiker, nämlich Sanctius [45]), sagt darüber gewiß richtig: est *verbum* purum putum. Er erläutert es durch Spanische Worte, wie ich es durch die Deutschen Worte erläutern würde: gesetzt auch, oder: zugestanden, oder: zugelassen, oder: wenn auch, oder mag es auch u. d. gl. Dabei bemerkt er: es müsse stets

45) Minerva. Edit. Perizonii. p. 481, 482.

ein ut, alſo deswegen auch den Conjunctiv neben ſich haben, und wenn das ut fehle, z. B. wenn man ſage licet bonus ſis, ſo ſey nur das ut verſchluckt, und daher zu ſubintelligiren. Man könne daher auch z. B. nie ſagen: licet *es* doctus, hoc non intelliges, ſondern es müſſe ſtets heißen: licet *ſis* doctus. Das Hypothetiſche ergibt ſich damit von ſelbſt, wie bei unſeren, oben erwähnten Deutſchen Ausdrücken.

Gegen die unbedingte Nothwendigkeit des Conjunctivs hat ſich aber G. A. Vossius [46]) erklärt, weil die Römiſchen Juriſten auch wohl auf licet den Indicativ folgen ließen, welches wirklich wahr iſt [47]); und andre Beiſpiele dieſer Art aus A. Marcellinus, Macrobius und Spartianus hat ſpäter Staveren [48]) beigebracht, von welcher Schreibart natürlich die Puriſten abriethen [49]), wiewohl ſie für einzelne Fälle empfohlen werden könnte, wo man mit licet klar Etwas zugeben will, welches durch das licet mit ut nicht geſchehen kann. Schon die Geſetze der Sprache bringen das Letzte mit ſich, und immer iſt es auch von den Kennern der Römiſchen Sprache anerkannt, daß licet mit dem Conjunctiv bloß hypothetiſch ſey, obgleich dabei oft Das, was ſo zugelaſſen iſt, auch in der Wirklichkeit wirklich vorkommen kann [50]). Selbſt wenn jenes licet mit dem Conjunctiv auf Alles bezogen wird, bleibt doch darin immer ein Dahingeſtelltſeynlaſſen, wie ſchon das bekannte: fremant omnes licet, dicam quod sentio des Cicero beweist [51]).

Ich brauche alſo nicht den Vorwurf der Gewaltthätigkeit

---

46) Aristarchus. Amstel. 1685. L. VII. de constructione, p. 464.

47) L. 8. §. ult. de transact. (2. 15.) L. 1. fin. reg. (10. 1.) L. 2. § 2. de jure codic. (29. 7.) L. 20. de accusat. (48. 2.)

48) Auctores mythographi. Lugd. B. et Amstel. 1742. p. 616.

49) Schon Ursinus, und nach ihm auch Rudimanti institutt. grammat. latin. cura Stallbaum. Lips. 1823. p. 346.

50) Beiſpiele dafür hat wieder gegeben Ramshorn latein. Grammat. Leipzig 1830. 1. Theil.

51) De oratore Lib. 1. cap. 44.

und Unnatürlichkeit zu fürchten, wenn ich jenes befragliche licet des Paulus so nehme, als ob derselbe bloß hypothetisch gesagt hätte: mag man auch die Ansicht haben u. s. w.; und damit kommt hier denn Alles, wie schon von mir gezeigt ist, in den vollkommensten Zusammenhang. Niemand wird auch eine solche Art der Begutachtung tadeln können. Denn man kommt immer am leichtesten zur einfachen Gewißheit für den einzelnen Fall, wenn man das Disputabele auf sich beruhen läßt, und gradezu die Herzwurzel zu treffen sucht; daher man auch die Advocaten zu loben pflegt, welche sich bei der Vertheidigung eines Angeschuldigten mit der, klar begründeten exceptio alibi begnügen, und alle andern möglichen künstlichen Beweise auf sich beruhen lassen. Aber mag auch das Aeußerste zuzugeben seyn, nämlich daß licet intelligatur das Einräumen einer vorhandenen Ansicht enthält, — was folgt dann doch daraus gegen mich? denn es war ja wirklich die Ansicht einer Partei, daß man der beschenkten Frau bürgerlich keinen Besitz im engeren Sinne zugestehen könne. Also konnte Paulus, welcher nicht über alle Welt, sondern nur unbestimmt das intelligatur ausspricht, recht gut das Factum der Partei, zu welcher er sich freilich nicht hielt, als vorhanden aussprechen, und doch darauf hinweisen, daß es für den gegebenen Fall linkisch sey, wenn man jene wirklich vorhandene Ansicht der Gegner als entscheidend gelten lasse.

VIII.) Endlich muß nun noch genau erwogen werden das wichtigste aller, unsre Frage betreffenden Gesetze, nämlich L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16.), wo Ulpianus in Beziehung auf das interdictum unde vi diese Sätze ausspricht:

> Deiicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat. Nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. §. 10. Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti, non tamen si colonus.

Savigny nimmt diese Stelle nun so: civiliter possidere heißt: zur Verjährung besitzen, naturaliter possidere

aber: zwar die eigentliche possessio ad interdicta haben, aber keinen Verjährungsbeſitz. Die Detentoren alſo, welche auch nicht einmal ad interdicta beſitzen, ſtehen gar nicht unter der Regel, welche jenes Fragment anfangs aufſtellt, und ſo geht jene Regel nur darauf, daß eigentliche possessores das interdictum unde vi haben, es mag ihnen nun ein Verjährungsbeſitz, oder kein ſolcher zuſtehen. Zu den letzten gehört die beſchenkte Ehefrau. Dieſe wird dann auch mit dem denique als ein Beiſpiel angeführt, daß der eigentliche possessor, welcher nebenbei kein Verjährungsbeſitzer iſt, das interdictum unde vi habe. Den Schluß: non tamen si colonus überſetzt Savigny ſo, daß derſelbe ausſpreche: der colonus (als possessor neque civilis neque naturalis) habe das Interdict nicht, welches ganz herauskomme, wenn man dieſe Worte einfach ſo ergänze: non tamen si colonus dejectus erit, poterit (colonus) interdicto uti [52]). Durchaus vertheidigt iſt dieſe Idee denn auch von Thon, welcher es beſonders hervorhebt, daß der Pachter gar kein possessor ſey, alſo nicht einmal als possessor naturalis gelten könne, und daß ja der Verpachter, als der eigentliche possessor, ſich die Entſetzung des Pachters als Etwas anzuziehen habe, was ihm ſelbſt widerfahren ſey [53]).

Es iſt mir aber unmöglich, von dieſen Ideen, ſoweit ſie meine eigentliche Frage betreffen, auch nur die geringſte Kleinigkeit anzunehmen. Um nicht zu ermüden, will ich bloß Folgendes anführen, was mir völlig genügend zu ſeyn ſcheint:

1) Es wird im Anfange des obigen Fragments bloß das civiliter und naturaliter possidere einander entgegenſetzt. Alſo muß ich, wie ich es oben ſchon mehrmals mit vollem Rechte that, wiederholt ſagen: das civiliter kann in dieſem Gegenſatz nicht den, durch die Edicte bürgerlich modificirten Beſitz ausſchließen, und in das Gebiet des mere naturalis

52) Vom Beſitz, S. 54. in not.
53) a. a. O. S. 118 – 141.

hinüberwerfen, ſo wenig als das Edict überhaupt. Und dann muß ich auch nochmals ſagen: wie konnte man bei Gelegenheit der, bloß poſſeſſoriſchen Interdicte die petitoriſche Frage in Anregung bringen, ob der Beſitzer verjähren könne? Läßt es ſich dagegen herausbringen (und ich glaube es, wie ſich nachher ergeben wird), daß das interdictum unde vi eine eigne Dringlichkeit hat, wegen deren man es auch den dententoribus nomine alieno geben muß, ſo iſt jenes sive civiliter, sive naturaliter mit der gewöhnlichen Sprache ganz in Eintracht. Den Einwand, daß die detentores nomine alieno gar nicht mit in die Eintheilung der *possessorum* gebracht werden dürften, kann ich nicht gelten laſſen. Denn das Wort possessio hat ja auch den allgemeinen Sinn, daß es jede Detention begreift [54]; und daher werden auch Diejenigen, welche keine possessio im engeren Sinn haben, ausdrücklich *possessores* naturales genannt [55].

2) In den §. 10. cit. kann das non tamen *si* colonus ſchlechterdings nicht anders überſetzt werden als: das Interdict hat die Frau (ſofern man das poterit auf ſie beziehen will) nicht, wenn der colonus enſetzt wird. Ein andrer Sinn kommt freilich heraus, wenn man mit Savigny ſich die Worte ſchafft: si colonus dejectus erit, poterit interdicto uti. Allein es iſt dieß offenbar ein rein willkührliches Schaffen und Verdrehen, welches ich nicht natürlich nennen kann, obgleich es meinen Gegnern großen Vortheil bringen würde, wenn ſie auf jene Art verfahren dürften.

3) Der Umſtand, daß der Verpachter die Entſetzung ſeines Pachters ſich ſelbſt anziehen kann, entſcheidet noch keineswegs dafür, daß der Pachter ſelbſt von dem Interdikt ausgeſchloſſen ſey. Denn ſo kann z. B. der Verleiher einer Dienſtbarkeit die Inhaber derſelben poſſeſſoriſch ſchützen, als ob das,

54) L. 1. pr. de poss. (41. 2.)

55) L. 38. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 2. §. 1. pro hered. (41. 5.)

was ihnen widerfuhr, ihm ſelbſt widerfahren wäre [56]); und doch hat der Quaſi-Beſitzer der Dienſtbarkeit auf eigne Rechnung die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel.

Nach meiner innigſten Ueberzeugung iſt hier Alles ganz leicht ausgeglichen, wenn man in dem §. 10. cit. das poterit auf maritus bezieht, wie man es gewiß thun darf [57]). Freilich iſt mir eingewandt, zwiſchen maritus und poterit ſtehe die uxor in der Mitte, und das eaque ſtoße unmittelbar an poterit, folglich ſey das poterit auf die Frau zu beziehen [58]). Allein noch nie habe ich davon gehört, daß aus dem Angrenzen ein ſolcher philologiſcher Zwang entſtehe, und unbedenklich haben mir gelehrte Sprachkenner immer zugeſtanden, daß wenn in einem Vorderſatze mehrere Subſtantiven ſtehen, auf deren jedes der Nachſatz an ſich bezogen werden kann, wenn man es ſich als allein vorhanden denkt, daß dann aus dem Zuſammenhange entſchieden werden muß, ob der Nachſatz, wenn er nur auf Eines derſelben gehen kann, auf dieſes oder jenes Subſtantiv zu beziehen ſey. Da unſre Juriſten auch

---

56) L. 32. §. 1. de S. P. U. (8. 2.)

57) Erb hat mir früher dazu gerathen, und ich überzeugte mich nachher täglich mehr von der Güte dieſes Rathes.

58) Das poterit auf die Frau beziehend hat eine ganz eigne Idee J. P. Johannſen Begriffsbeſtimmungen aus dem Gebiete des Civil-Rechts, Heidelberg 1831, S. 41—45, indem er behauptet, man müſſe nach L. 1. §. 9. 10 cit. ſagen: die Frau, obgleich ſie keine possessio hat, darf ſich doch ausnahmsweiſe des interdicti unde vi bedienen, wenn ſie, aber nicht wenn ihr Pachter entſetzt iſt. Dieſe Idee kann ich aber durchaus nicht billigen. Denn zufolge meiner obigen Erörterungen iſt ja die beſchenkte Frau nach unſern Geſetzen possessor im engeren Sinn, und man kann nur darüber ſtreiten, ob früher darüber geſtritten ward. Iſt ſie aber für das interdictum unde vi ausnahmsweiſe ſelbſtſtändig, ſo muß man auch weiter nach L. 1. 4. 22. de vi (43. 16.) annehmen, daß ſie eine, ihrem Pachter widerfahrene Entſetzung auf ihre eigne Rechnung ſetzen kann.

für die handgreiflichſten Wahrheiten gar zu gern eine Lex vorlieb nehmen, ſo will ich damit nicht zurückbleiben, und L. 1. C. sine censu (4. 47.), oder die gleichlautende L. 11. C. de pact. (2. 3.) anführen, wo geſchrieben ſteht: ex conventione quidem, qua pactam novercam tuam cum patre tuo dicis, quum fundum in dotem daret etc. Hier will ich nun einfach fragen, ob es einen Menſchen auf der Welt gibt, welcher das quum fundum in dotem daret auf den pater, und nicht auf die noverca beziehen könnte, weil ſich der pater zunächſt an das: quum fundum anlehne, und zwiſchen dieſem und der noverca, als persona intermedia in die Mitte geſtellt, das Licht auffange. Oder verlangt man am Ende gar noch von mir Belege aus nicht-juriſtiſchen Claſſikern? Collectaneen habe ich darüber freilich nicht, weil ich in Betreff des Sonnenklaren gern Feder und Papier ſpare. Allein ich will das Nächſte Beſte aufſchlagen, und da finde ich gleich in Cicero pro Murena c. 3. die Worte: sed me non minus — Sulpicii conquestio, quum Catonis accusatio commoverat, *qui* gravissime et acerbissime ferre dixit, me familitaritatis — oblitum. Wer kann nun das *qui*, wenn er das cap. 2. geleſen hat, auf Cato, den Augrenzer, als ſolchen, beziehen?

Wenn ich nun, nach dem Obigen gut berechtigt, das poterit auf den maritus beziehe, ſo kann Alles auf nachſtehende Art in das Gebiet der reinſten Vernunft, ohne critiſche Fictionen, hinübergeleitet werden. Der §. 9. cit. ſpricht es erſt aus, daß das interdictum unde vi nicht bloß dem Civil-, ſondern auch dem Natural-Beſitzer zuſtehe. Dieß iſt nicht weiter erläutert, weil Jeder wiſſen muß, was jene Unterſcheidung ſagt. Allein nun folgt im §. 10. cit. nicht ein Beiſpiel für den letzten Theil des §. 9. cit., ſondern ein fortſchreitender Zuſatz, welcher bemerkt, daß das, jedem possessor im weiteſten Sinn zuſtehende interdictum unde vi ſogar in Einem Fall auch Demjenigen zuſtehe, welcher gar kein Beſitzer war, nämlich dem Mann, wenn die beſchenkte Frau

aus der, ihr geſchenkten Immobilie (alſo aus einer, von ihr an ſich ausſchließlich beſeſſenen Sache) herausgeworfen ſey, welches Recht des Mannes aber nur angenommen werden könne, wenn die Frau, nicht aber wenn ihr Pachter entſetzt ſey. Dieß Alles hat nun Hand und Fuß, und wir müßten es proprio Marte behaupten, auch wenn der §. 10. cit. gar nicht vorhanden wäre. Denn der Mann, gleichſam als moraliſche Einheit mit ſeiner Frau, (wie der Bräutigam mit ſeiner Braut) kann ſich alle, ſeiner Frau widerfahrenen Unbilden zu Gemüthe führen, als ob er ſie ſelbſt erduldet hätte [59]), und man kann ſogar ſagen: ſie müſſen ihn noch mehr ſchmerzen, und zur Rache und zum Schutz anfeuern, als wenn er ſelbſt mißhandelt wäre. Allein wenn die Magd der Frau eine Ohrfeige bekommt, ſo iſt es nicht fein, wenn der Mann die Magd auch als ſeine carissima behandelt. Wird alſo die Frau aus dem geſchenkten Landgute herausgeworfen, ſo kann und ſoll ſich der Mann dieß ad animum revociren; wird aber dagegen der Pachter, den die Frau auf das Gut geſetzt hat, mit einer dejectio bedient, ſo kann die Sache den Weg alles Fleiſches gehen. Alſo mag dann die Frau als Principal-Beſitzerin ihren Stellvertreter ſchützen, oder der Letzte ſich ſelbſt, wie er kann, inſofern auch Natural-Beſitzer das interdictum unde vi haben. Aber der ſchenkende Mann muß hier wegen der erwähnten Gründe aus dem Spiel bleiben (wenigſtens proprio nomine); alſo mag er ſelbſtſtändig klagen, si uxor dejecta sit, non tamen si colonus.

Es hat zwar Thon in Beziehung auf dieß Alles gegen mich bemerkt: nach Cicero pro Caecina c. 20. hätten die Injurien mit den Interdicten nichts zu thun. Allein eine dejectio kann gewiß als Injurie genommen werden [60]); und

59) L. 2. §. 7. L. 15. §. 24. de injur. (7. 10.)

60) L. 13. §. 7. de injur. (47. 10.)

wenn auch deßwegen keine actio injuriarum aestimatoria angeſtellt wird, ſo kann der Mann doch die That, welche L. 1. §. 43. de vi (43. 16.) mit Recht eine atrocitas facinoris nennt, als eine grobe Unbilde nehmen, und auf allen Fall die volle Wiederherſtellung des aufgehobenen Beſitzes verlangen, damit von ſeinem zweiten Ich das ärgſte Leid abgewandt werde.

Gehen wir nun auf den Hauptſatz des §. 9 cit. zurück, daß das interdictum unde vi auch dem Natural-Beſitzer zuſtehe, ſo kann nur noch die Frage ſeyn, wie man darauf kommen konnte, bei dem interdicto uti possidetis und utrubi den Naturalbeſitzer auszuſchließen? wofür ſich Ulpianus ſelbſt in L. 9. de R. V. (6. 1.) klar ausgeſprochen hat. Mir ſcheint, daß man durch bloße grammatiſche Auslegung des Edicts darauf kommen mußte. Denn in Beziehung auf das interdictum uti possidetis hatte das Edict geſagt: uti eas aedes — *possidetis*, quominus ita *possideatis* [61]). Allein in Rückſicht des interdicti unde vi hieß es darin bloß unbeſtimmt: unde tu illum vi dejecisti [62]). Eine dejectio aber kann Jeder leiden, welcher aus einer phyſiſchen Inhabung entſetzt wird. Daher begreift es ſich auch, wie Ulpianus in L. 9. cit., wo er die eigentlichen possessores und die Natural-Beſitzer in vielen Beiſpielen einander entgegenſetzt, nur das interdictum uti possidetis und utrubi erwähnen, von dem interdicto unde vi aber ganz ſchweigen konnte.

Zum Glück laſſen ſich nun auch noch aus der Natur der Sache Gründe angeben, welche es rechtfertigen, daß die Römer bei dem interdicto unde vi weiter, als bei den andern Interdicten gingen. Denn iſt bloß de retinenda possessione die Rede, ſo handelt es ſich von einem nicht aufgehobenen, bloß geſtörten Beſitz, alſo von einer vorüberge-

61) L. 1. pr. uti possid. (43. 17.).

62) L. 1. pr. de vi (43 16.).

henden und vorübergegangenen Handlung. Hier kann man ſchon hoffen, daß ſie nicht wiederkehren werde, man kann ſich mit Privat-Gewalt dagegen waffnen, und auch zur Abwehrung fernerer thätlichen Angriffe die Polizei zu Hülfe rufen. Allein hat die dejectio von einer Immobilie [63]) Statt gehabt, ſo iſt dieß das Aergſte. Denn nun iſt der Beſitz ſelbſt verloren; man darf ihn nicht durch Privat-Gewalt wiederzuerlangen ſuchen; die Polizei kann gegen eine vollendete That nicht weiter helfen; und wenn der Principal-Beſitzer nicht bei der Hand, oder zur Hülfe träg iſt, ſo iſt die Lage des entſetzten Natural-Beſitzers ganz troſtlos, Falls man ihm nicht das interdictum unde vi auf eignen Namen gibt. Jeder wird und muß mir beipflichten, wenn ich behaupte, daß es bei weitem nicht ſo arg iſt, wenn Tumultuanten dem Miether an die Fenſterladen klopfen, und dann davon laufen, als wenn der Miether, durch dritte, oder gar durch den Vermiether ſelbſt, aus dem Hauſe geworfen wird, und nun hülflos auf der Straße liegen bleiben muß. Freilich kommt man mit dem Satze, daß auch die detentores nomine alieno das interdictum unde vi haben, zu einer Beſchränkung. Allein ich darf hier auf meine obige Bemerkung verweiſen, daß Regeln Ausnahmen haben können. Auch kann man definirend mithelfen, indem man ſagt: possessores im engeren Sinn ſind diejenigen Inhaber einer Sache, welche im Ganzen alle remedia possessoria haben; wodurch denn für die Natural-Beſitzer zum Zweck einer Ausnahme die Thür offen gelaſſen wird.

---

63) Bekanntlich iſt ein Streit zwiſchen Savigny auf der einen, und mir und Vielen auf der andern Seite darüber entſtanden, ob durch das ſpätere Recht des Codex das interdictum unde vi auch auf Mobilien ausgedehnt ſey? Ich bleibe bei meinem alten Glauben, worauf hier aber nichts ankommt, weil ich nur von dem Syſtem der Claſſiker rede.

Zuletzt muß ich mich noch Eines Geſetzes erwehren, welches Thon [64]) gegen mich angeführt hat, wodurch ich aber, genau betrachtet, keineswegs getroffen werde. Es iſt L. 1. C. si per vim (8. 5.), welche Conſtitution (von Conſtantinus) im Anfange dieß enthält:

> Judices absentium, qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure personas, et auctoritatis suae formidabile ministerium objiciant, atque ita tueantur absentes, ut id solum diligenter inquirant, an ejus, qui quolibet modo peregrinatur, possessio ablata sit, quam propinquus, vel parens, vel proximus, vel amicus, vel colonus, vel libertus sive servus, quolibet titulo retinebat; nec eos, qui dejecti sunt, absentium nomine detinentes, quia minime *ipsis decisio caussae mandata sit*, ab experiunda re secludant, nec si servi sint, eorum rejiciant in jure personas. — Sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta, litigium eis inferentibus largiri convenit, ut eos momentariae perinde possessioni sine ulla cunctatione restituant, *ac si reversus dominus litigasset.*

Wegen dieſer Verordnung iſt mir nun eingewandt: wenn der detentor nomine alieno, wie z. B. der Pachter, ſchon an ſich im Fall ſeiner Entſetzung das interdictum unde vi auf eignen Namen habe, ſo ſey es nicht nöthig geweſen, ihm daſſelbe für den Fall der Abweſenheit des Principal-Beſitzers zu geben. Das Letzte ſey aber geſchehen, alſo könne er es im Allgemeinen nicht haben.

Ich muß aber dagegen dieß erinnern. Es iſt ein großer Unterſchied zwiſchen dem Klagen eines Inhabers für ſich, ſeines verletzten Rechtes wegen, und dem Klagen für den Principal-Beſitzer im ganzen Umfange, wie dieſer für ſich

64) a. a. O. S. 140.

ſelbſt hätte klagen können. Geſchieht das Erſte, ſo iſt der detentor nomine alieno, ganz wie der quasi possessor, bloß auf die Sphäre ſeines Rechtes beſchränkt, und alles Andre geht ihn nichts an. Begibt ſich alſo z. B. ein Gutsherr in die Fremde, läßt er einen Pachter zurück, dem er ein Häuschen nebſt Garten überlaſſen, und den er zur Bewachung des Gutes angewieſen hat, ſo kann der entſetzte Pachter für ſeine Rechnung nichts weiter fordern, als daß er in ſein Häuschen und in den Garten wieder eingeſetzt werde. Hätten alſo die Entſetzenden noch andre Theile des Gutes in Beſitz, und dieſen geſchadet, ſo würde dieß den Pachter als ſolchen, inſofern ihm für ſein Recht das interdictum unde vi gegeben iſt, nichts angehen, während der abweſende Herr gewiß auch deßwegen klagen könnte [65]). Dennoch wird aus Theilnahme gegen den Abweſenden das Gegentheil von Conſtantinus zugelaſſen, und der Pachter kann für den Herrn unbedingt klagen, ac si reversus dominus litigasset, und als ob ihm für den Herrn von demſelben decisio caussae mandata sit. Es enthält dieß Geſetz alſo nur noch ein Seitenſtück zu der, oben erklärten L. 1. §. 10. de vi, alſo noch ein zweites Beiſpiel für die Anomalie, daß das interdictum unde vi zuweilen auch von Demjenigen angeſtellt werden kann, deſſen eigne Beſitzrechte im Grunde nicht verletzt ſind, und hier ſogar Perſonen zuſteht, welche an ſich die persona standi in iudicio nicht haben.

65) L. 1. §. 31. 34. 35. L. 3. §. 17. L. 6. L. 19. de vi (43. 16).